

Die Theorie
von
der Zurechnung
und von den
Milderungsgründen der Strafe

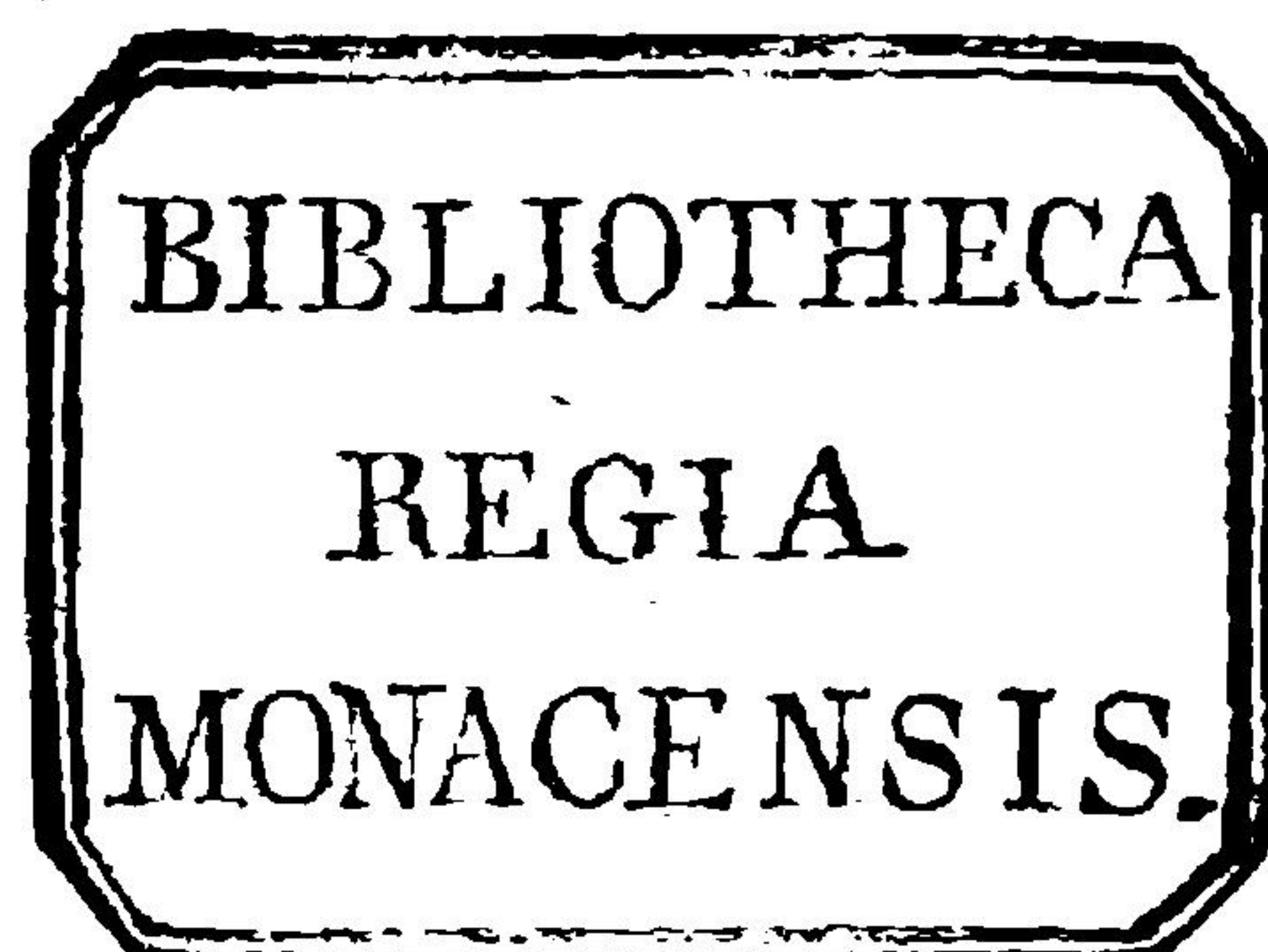
nach den
neueren Legislationen und dem gemeinen Rechte,
mit besonderer Rücksicht auf den Entwurf eines Strafgesetzbuches
für das Königreich Württemberg vom Jahr 1835,

von
Dr. Ferd. Karl Theod. Hepp,
ordentlichem Professor des Rechts in Tübingen.

Heidelberg,

Universitäts-Buchhandlung von C. F. Winter.

1 8 3 6.



V o r w o r t.

Insoweit diese Schrift sich auf den neuen Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königr. Württemberg bezieht, will der Vf. das in seinem gleichzeitig erscheinenden „Strafen - Systeme des neuen Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Württemberg, in Vergleichung mit dem gemeinen Rechte, dem Strafedicte und neueren Legislationen. Heidelberg 1836“ Gesagte hier nicht nochmals wiederholen, und verweist rücksichtlich der Gründe, welche ihn bestimmten, mit der Theorie von der Zurechnung noch die Lehre von den Milderungsgründen der Strafe zu verbinden, auf die Einleitung und den §. 1. der vorliegenden Schrift. Bei der in legislativer Hinsicht so äusserst schwierigen und zum Theil verwahrlosten Lehre von den Milde-

rungsgründen der Strafe war der Vf. bemüht, dieselbe vom Standpuncte des gemeinen Rechts und der neueren deutschen Legislationen darzustellen und zu prüfen, um dadurch in den Stand gesetzt zu werden, eine Uebersicht über die wichtigsten hieher gehörigen Streitfragen zu gewinnen. Erst dann wird der Leser im Stande seyn, ein richtiges Urtheil über die Bestimmungen der Art. 90. und 92. des neuen Württ. Entwurfs zu fällen, und die Vorzüge und Mängel derselben gegen einander abzuwägen. Sollten aber auch des Vf's. Ansichten ungegründet seyn, so dürften sie wenigstens dazu beitragen, Wahrheit und Recht in dieser schwierigen Materie befördern zu helfen, und darum ist es auch dem Vf. allein zu thun.

Tübingen im August 1836.

Th. H.

Inhaltsanzeige.

	Seite
Einleitung.	

§. 1. Die systematische Anordnung des neuen Württ. Strafgesetzes - Entwurfs.	1
--	---

Erstes Kapitel.

Von der Zurechnung (zum Art. 89. 91. 93 — 100. des Württ. Entwurfs.)

§. 2. Von der Præsumtion der Zurechnungsfähigkeit.	4
§. 3. Von den die Zurechnung aufhebenden Gründen im Allgemeinen.	7
§. 4. Von der Jugend.	9
§. 5. Von der Minderjährigkeit.	11
§. 6. Vom mangelnden Vernunftgebrauche.	12
§. 7. Von der unverschuldeten Unwissenheit des Strafgesetzes.	24
§. 8. Von der Nothwehr.	28

Zweites Kapitel.

Von den gesetzlichen Milderungsgründen (zu Art. 90. u. 92. des Württ. Entwurfs.)

§. 9. Ueber den Unterschied zwischen Milderungs- und Zurechnungsgründen.	38
§. 10. Theorie der Milderungsgründe nach den neueren deutschen Legislationen.	41
§. 11. Von dem Zusammentreffen vieler und wichtiger mildernder Umstände.	45

§. 12. Von der Jugend und der verminderten Zurechnung.	48
§. 13. Von unverschuldet erlittenen Uebeln des Verbrechers.	51
§. 14. Von der Einwilligung in ein Verbrechen.	57
§. 15. Von Verbrechen an fremden Staaten und deren Behörden.	64
§. 16. Von Verbrechen an feindlichen Occupationstruppen.	70

Einleitung:

Die Lehre von der Zurechnung bietet dem Gesetzgeber schon rücksichtlich der Form und Fassung der sie betreffenden gesetzlichen Bestimmungen, mehr aber noch in materieller Hinsicht so bedeutende Schwierigkeiten dar, daß es den gemeinschaftlichen Bemühungen unserer tüchtigsten Gerichtsärzte und Juristen noch immer nicht gelungen ist, eine Ansicht aufzustellen, welche vom legislativen Standpunkte aus als die beste und zweckmässigste empfohlen werden könnte. Unter diesen Umständen konnte es nur erfreulich seyn, daß Hr. Dr. Leube in Tübingen in einer vor Kurzem erschienenen gehaltvollen Schrift unter dem Titel: Die gesetzlichen Bestimmungen über Zurechnung etc. Tübingen 1836, die in dem neuen Entwurfe eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg enthaltenen Bestimmungen über die Zurechnung, welche sich in formeller und materieller Hinsicht durch gewisse unverkennbare Eigenthümlichkeiten auszeichnen, vom gerichtsärztlichen Standpunkte aus einer kritischen Beleuchtung unterworfen hat. Neben dieser Schrift und mit Rücksicht auf dieselbe möge es dem Vf. gegenwärtiger Abhandlung vergönnt seyn, auch vom juridischen Standpunkte aus seine Ansicht über die betreffenden Bestimmungen des Württembergischen Entwurfs auszusprechen, und damit zugleich eine Würdigung der gesetzlich anerkannten und noch anzuerkennenden Milderungsgründe der Strafe zu verbinden, indem nach dem Entwurfe diese beiden Lehren in einem (freilich nicht zu billigenden) unmittelbaren Zusammenhange stehen.

§. 1.

Die systematische Anordnung des neuen Württemb. Entwurfs.

Das vierte Kapitel des neuen Württemb. Entwurfs (Art. 89 — 100.) ist nämlich überschrieben: „von der Zurechnung.“

Allein diese Ueberschrift ist offenbar zu eng. Denn das vierte Kapitel hat nicht blofs die Zurechnung, sondern daneben die gesetzlich anerkannten Milderungsgründe der Strafe (im Gegensatze der Strafminderungsgründe des fünften Kapitels) zu seinem Gegenstande, und enthält ausserdem, freilich nur gelegentlich, im Art. 99. eine Bestimmung, die weder zur Zurechnung, noch zu den Milderungsbeziehungsweise Milderungsgründen der Strafe gehört. Der Art. 99. macht nämlich bei Tödtungen und Verwundungen in der Nothwehr die Anzeige des Vorfalles bei der Obrigkeit zur Pflicht und bedroht die Unterlassung derselben mit Gefängnisstrafe, obgleich diese Bestimmung gar nicht hieher gehört. Eben so wenig gehört der Art. 97. Satzung 5. von dem Excess der Nothwehr in das Kapitel von der Zurechnung, sondern dürfte, gleich dem Art. 99., eher in den besonderen Theil des Entwurfs zu verweisen seyn. Dieser zwischen der Ueberschrift und dem Inhalte des vierten Kapitels bestehende Widerspruch erklärt sich daraus, daß der Entwurf diejenigen Zustände, welche die Zurechnung aufheben, dazu benutzt hat, um gelegentlich an dieselben einige Milderungsgründe, ja sogar selbstständige Strafbestimmungen zu knüpfen. Nach dem Art. 89. schließt nämlich die Jugend bis zu einem gewissen Alter die Zurechnung aus, und hieran knüpft der Art. 90. gelegentlich die Bestimmung, daß über dieses Alter hinaus bis zum sechzehnten Jahre die Jugend ein Milderungsgrund der Strafe seyn solle. Nach Art. 91. schließt mangelnder Vernunftgebrauch die Zurechnung aus, und hieran knüpft der Art. 91. gelegentlich die Bestimmung, daß bei „zwar nicht völligem Mangel des Vernunftgebrauchs, jedoch hohem Grade von Blödsinn oder Verstandesschwäche“ der Thäter mit einer milderen, als der ordentlichen Strafe zu belegen sey. Nach Art. 96. schließt endlich auch die Nothwehr die Zurechnung aus, und hieran knüpft denn der Entwurf gelegentlich die Bestimmungen des Art. 97. Nr. 5. über den Excess der Nothwehr, und des Art. 99. über die unterlassene Anzeige einer in der Nothwehr verübten Tödtung oder Verwundung an.

Dieses gelegentliche Einschieben der gesetzlichen Milderungsgründe in das Kapitel von der Zurechnung hat den großen Nachtheil, daß dadurch die Zahl der Milderungsgründe, und zwar (wie der Verf. später darthun wird) ge-

gen alle Rechtsgrundsätze, allzusehr beschränkt wird; nicht zu gedenken, daß eine solche Anordnung, logisch betrachtet, vielmehr eine Unordnung genannt zu werden verdient. Weit besser ist in dieser Beziehung die Anordnung des Baierischen Strafgesetzbuchs, welches im vierten Kapitel von der Zumessung der Strafe und von Milderungs- und Schärfungsgründen (zu welchen letzteren freilich der Zusammenfluß mehrerer Verbrechen nicht wohl gezählt werden kann), und im fünften Kapitel von den Gründen, welche die Zurechnung aufheben, handelt. (Vgl. die Anm. zum Baier. Strafges. Bd. I. S. 222 sq.). Nur freilich sollte die Reihenfolge des vierten und fünften Kapitels des Baier. Strafgesetzbuchs die umgekehrte seyn, d. h. es sollten die Gründe, welche die Strafbarkeit aufheben, der Lehre von den Zumessungs- und den Milderungs- und Schärfungsgründen der Strafe vorausgehen, wie dies auch der neue Württemb. Entwurf anerkannt hat, indem er zugleich die Zumessungsgründe von den Milderungsgründen der Stellung nach unterscheidet, allein die letzteren gelegentlich in das Kapitel von der Zurechnung einschiebt (Art. 90. Art. 92.), und die Schärfungsgründe der Strafe (den Rückfall, Art. 107.) in das fünfte Kapitel von den Zumessungsgründen — gewiß eben so unzweckmäßig — verweist. Logisch richtiger und zugleich bei Weitem zweckmäßiger würde folgende Anordnung seyn:

Viertes Kapitel: von der Zurechnung, Art. 89. 91. 93 — 98. und 100.

Fünftes Kapitel: von der Zumessung der Strafe (Art. 101 — 7.) und von den Milderungs- (Art. 90., 92., mit Inbegriff der noch fehlenden Artikel) und Schärfungsgründen der Strafe (Art. 107 — 17.).

Sechstes Kapitel: von dem Zusammenflusse der Verbrechen, Art. 108 — 116.

Diese Anordnung rechtfertigt sich durch sich selbst. Die erste Frage, welche sich der Richter bei der Anwendung des Strafgesetzes auf eine vorliegende Uebertretung aufzuwerfen und zu beantworten hat, ist nämlich die: ob überhaupt eine Zurechnung des Uebertreters statt finde? Ist diese Frage zu bejahen, so hat sich dann der Richter, um die Quantität und Qualität der zuzuerkennenden Strafe bestimmen zu kön-

nen, nach den gesetzlichen Zurechnungsgründen umzusehen, so wie nach den etwa vorhandenen Milderungs- beziehungsweise Schärfungsgründen, welche zu einer Veränderung der im Allgemeinen oder als Regel angedrohten Strafe führen könnten. Sind endlich mehrere Verbrechen desselben Thäters zugleich, und zwar von dem nämlichen Gerichte zu strafen, so kommen dann die Grundsätze von der Verbrechen-Concurrenz zur Anwendung. Die Beurtheilung des Vf. beschränkt sich jedoch nur auf den Inhalt des vierten Kapitels des Württemb. Entwurfs, und dabei hält es der Vf. für zweckmäßig, die Zurechnung von den Milderungsgründen zu trennen, und zwar namentlich deshalb, um zu zeigen, wie verwerthet die wichtige Lehre von den Milderungsgründen werde, wenn sie der Gesetzgeber nur gelegentlich im Kapitel von der Zurechnung an die Jugend und den mangelnden Vernunftgebrauch anknüpft, statt ihr (wie es sich gebührt) eine selbstständige Stellung im Strafgesetzbuche anzuweisen.

ERSTES KAPITEL.

Von der Zurechnung.

(Zu Art. 89. 91. 93 — 100 des Württemb. Entw.)

§. 2.

Von der Præsumtion der Zurechnungsfähigkeit.

Die Motive zum Württ. Entw. §. 11. S. 54 heben die Erläuterungen zum vierten Kapitel mit der Præsumtion der Zurechnungsfähigkeit an, ungeachtet sie selber anerkennen, dass eine Præsumtion des *dolus* sich aus allgemeinen Gründen nicht rechtfertigen lasse, und daher ausdrücklich (S. 35) bemerken, dass in dem besonderen Theile sorgfältig alle Bestimmungen vermieden seyen, welche eine solche Vermuthung, aber auch die Vermuthung des Gegentheils enthielten. Die Gründe, aus welchen die Motive die *praesumptio doli* verwerfen, passen nun aber offenbar auch

auf die *praesumptio imputabilitatis*, und wenn gleich neuere Schriftsteller, wie z. B. Feuerbach, Grolman und Abegg¹⁾, als Auctoritäten für die Ansicht der Motive angeführt werden können, so beruht dieselbe gleichwohl auf unzureichenden Gründen. Denn wenn man sich darauf beruft, daß die Nichtzurechnungsfähigkeit eine Ausnahme von dem gewöhnlichen Zustande des Menschen bilde, so mag dieser Erfahrungssatz immerhin eine *praesumptio facti* oder *hominis* begründen, allein darum eignet er sich noch nicht zur Aufstellung einer gesetzlichen Präsumtion, vermöge welcher dem Angeschuldigten nicht allein der Beweis der Nichtzurechnungsfähigkeit obliege, sondern derselbe auch im Falle eines nicht völlig geglückten Beweises von Rechts wegen als zurechnungsfähig verurtheilt werden müßte. Eine Präsumtion der Art, gesetzlich ausgesprochen, würde in gradem Widerspruche mit dem Geiste des inquisitorischen Strafprocesses stehen, nach welchem der Richter mit gleicher Gewissenhaftigkeit für den Beweis der Nichtschuld wie der Schuld zu sorgen hat, und zwar unaufgefordert oder von Richteramtswegen, sollte sich auch der Inculpat auf die ihn exculpierenden Momente nicht berufen können oder wollen.²⁾ Insofern kann demselben weder der Beweis der Unzurechnungsfähigkeit auferlegt werden, noch eine Verurtheilung desselben in zweifelhaften Fällen statt finden. Einen Nichtschuldigen bestrafen, und einen solchen, dessen Zurechnungsfähigkeit zweifelhaft ist, ist ein gleicher Widerspruch vor der Gerechtigkeit. Denn wie könnte es sich rechtfertigen lassen, Jemanden für eine ungewisse Schuld mit einem gewissen Uebel, d. h. mit einer bürgerlichen Strafe, zu belegen? Es hat vielmehr der Richter schon von Amtswegen in zwei-

1) vgl. Grolman Crim.-Rechtsw. §. 55. Dessen Bibl. für penal. Rechtswiss. Bd. 1. St. 2. Nr. 8. Feuerbach Lehrbuch §. 86. ed. 9—12. Abegg System des Crim.-Rechts S. 47. Anm. 40. vgl. auch Hitzig's Annalen Bd. 14. S. 251. 259. Bd. 15. S. 292.

2) Der Vf. hat dies bereits früher in seinen Versuchen Nr. 6. (worin freilich in dieser Beziehung Manches zu verbessern wäre) ausgeführt, und andere Schriftsteller, wie z. B. der Rez. in Hitzig's Zeitschrift Bd. 5. S. 283, Bauer Lehrbuch §. 127. ed. 2. u. Mittermaier Anm. zu Feuerbach §. 86. sind der gleichen Ansicht.

felhaften Fällen Untersuchungen über den Gemüthszustand des Inculpaten (*explorationes mentis*) anzuordnen³⁾, und wenn derselbe zweifelhaft, mithin die Schuld des Inculpaten ungewiss ist, so kann (vorbehältlich natürlich medicinisch-polizeilicher Maafsregeln) unter keinen Umständen auf Strafe erkannt werden, wie dies auch durchgehends in der Theorie und Praxis anerkannt wird, nur dafs man über die zweckmässigste Form der in solchen Fällen abzugebenden Erkenntnisse streitet⁴⁾; eine Frage, die jedoch nicht hierher, sondern vielmehr in den Strafprocefs gehört.

Man hat übrigens, abgesehen von diesen schon an sich beweisenden Gründen, die gedachte Præsumtion der Zurechnungsfähigkeit auch noch aus anderen, theils Erfahrungstheils psychologischen Gründen in Zweifel zu ziehen gesucht. Man beruft sich nämlich nicht nur darauf, dafs in neueren Zeiten die Zahl der nicht zurechnungsfähigen Uebertreter mit den Geistes- oder Gemüthskrankheiten selbst auf eine so beunruhigende Weise zugenommen habe, dafs dadurch jene auf Erfahrung gegründete Præsumtion der Zurechnungsfähigkeit durch die Erfahrung selbst, namentlich in schweren Straffällen, bedeutend geschwächt werde; sondern es haben auch manche Gerichtsärzte und Psychologen ihre Wissenschaft mit so vielen krankhaften Seelenzuständen und Desorganisationen der Verbrecher bereichert, dafs dadurch jene Præsumtion recht eigentlich umgekehrt, d. h. das Princip der Nichtzurechnungsfähigkeit gewissermassen zur Regel erhoben wird.⁵⁾ Allein zum Glück haben diese Ansichten in der Theorie und Praxis noch keinen Eingang gefunden, und auch die Erfahrung macht hier dem Gesetzgeber die Anwendung der höchsten Vorsicht zur besonderen Pflicht.

Der Richter darf bei der Beurtheilung von Uebertretun-

3) Hitzig's Zeitsch. Bd. 2. S. 267 — 86. Bd. 8. S. 5 sq.

4) Hitzig's Zeitsch. Bd. 1. S. 376. 441. Bd. 2. S. 146. 173. 191 — 2. Bd. 4. S. 420 — 5. Hudtwalker Crim. Beiträge Bd. 2. S. 525. N. Arch. des Criminalrechts Bd. 6. Nr. 13. Kleinschrod Entwicklung Thl. 1. §. 106. Knapp Württ. Criminalrecht S. 71.

5) S. dagegen ausser Clarus und Heinroth's Schriften: Feuerbach actenm. Darst. Thl. 2. S. 315. Groos Skeptizismus der Freiheitslehre S. 2 sq. Abegg im N. Arch. des Criminalrechts Bd. 14. S. 567 sq.

gen des Strafgesetzes weder von der Præsumtion der Zurechnungsfähigkeit, noch von der des Gegentheils ausgehen (beide Præsumtionen würden gleich gefährlich seyn), sondern er hat die rein thatsächliche Frage (*quaestio facti*), ob der Uebertreter sich in demjenigen Zustande befunden habe, daß ihm die Uebertretung zur Schuld zugerechnet werden könne, aus den Umständen eines jeden Falles entweder bejahend oder verneinend zu beantworten. Soll daher auch die Præsumtion der Zurechnungsfähigkeit, wie solche von den Motiven (jedoch zum Glück nicht von dem Entwurfe selbst) anerkannt wird, dem Angeschuldigten weder den Beweis seiner Nicht-Zurechnungsfähigkeit aufbürden, noch zu einer Verurtheilung desselben in zweifelhaften Fällen führen, sondern bloß aussagen, daß der Richter keinen besonderen Beweis der Zurechnungsfähigkeit zu führen habe, wenn sich dieselbe nach Lage der Untersuchungsacten von selbst und unzweifelhaft ergebe: so bedarf es auch zu diesem Behufe keiner Aufstellung einer gesetzlichen Præsumtion der Zurechnungsfähigkeit. Denn wenn die Untersuchungsacten schon von sich aus den Inculpaten als zurechnungsfähig darstellen, so ist es nicht jene Præsumtion, welche das Urtheil des Richters über ihn bestimmt, sondern es ist die aus den Umständen des Falles sich ergebende Zweifellosigkeit seiner Zurechnungsfähigkeit, welche das Urtheil des Richters über ihn bestimmt, und ist diese Zurechnungsfähigkeit nach Lage der Acten gewiß, so bedarf es dann nicht noch eines besonderen Beweises derselben.

§. 3.

Von den die Zurechnung aufhebenden Gründen im Allgemeinen.

Statt diesernach von der unerweislichen und obendrein ungesetzlichen Vermuthung der Zurechnungsfähigkeit auszugehen, hätten vielmehr die Motive und der Entwurf selbst nach dem Vorgange des Baier. Strafges. Art. 119. und des Hannov. Entw. Art. 97., für das Kapitel von der Zurechnung das allgemeine Princip aufstellen sollen: „eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung, welche der Person weder aus dem Grunde eines rechtswidrigen Vorsatzes noch einer Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann, ist straflos.

Es sind daher insbesondere von aller Strafe frei, Kinder etc." Diese Anordnung ist um deswillen der des Entwurfs (welcher gleich im ersten Artikel des Kap. 4. auf die einzelnen, die Zurechnung ausschliessenden Zustände übergeht) vorzuziehen, weil der Gesetzgeber ja doch nicht im Stande ist, alle die Zurechnung aufhebenden Gründe erschöpfend aufzuführen, und es in Ermangelung eines allgemeinen Principis und mit Rücksicht auf die von den Motiven aufgestellte Præsumtion der Zurechnungsfähigkeit leicht den Anschein haben könnte, als anerkenne der Gesetzgeber nur in den speciell angeführten Fällen eine Nichtzurechnungsfähigkeit des Uebertreters, was doch offenbar seine Absicht nicht seyn kann. Gleichermassen könnte auch die Stellung des Art. 92. in dem Kapitel von der Zurechnung die irrige Ansicht erzeugen, als erkenne der Württ. Entwurf Grade der Zurechnung an, die es doch entschieden nicht giebt, indem das was man so nennt vielmehr Grade der subjectiven Strafbarkeit einer zurechnungsfähigen Handlung sind.⁶⁾

Was nun die einzelnen, die Zurechnung völlig aufhebenden, mithin Strafflosigkeit begründenden Zustände nach dem neuen Entwurfe betrifft, so gehören dahin im Allgemeinen folgende Fälle:

1) Die Jugend, wenn der Thäter das zehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat (Art. 89.).

2) Minderjährigkeit, wenn der Thäter das sechzehnte Jahr noch nicht überschritten hat, und sich ergibt, daß er die zur Unterscheidung der Strafbarkeit seiner Handlung erforderliche Ausbildung noch nicht erlangt hat (Art. 90. letzter Absatz).

3) Gänzlicher Mangel am richtigen Vernunftgebrauche (Art. 91.).

4) Unverschuldete Unwissenheit des Strafgesetzes (Art. 93.).

5) Mangelnde Freiheit (Art. 95.).

6) Nothwehr (Art. 96 sq.).

7) Nothstand (Art. 100).

6) Jarcke Lehrbuch I. S. 130, und in Hitzig's Zeitschrift Bd. 8. S. 182 sq. Derselbe über die Zurechnung etc. S. 113. Leube in der Tübing. kritisch. Zeitsch. für Rechtswiss. Bd. 4. S. 187.

§. 4.

1. Jugend.

Es ist eine, neuerdings auch von Kitka⁷⁾ geltend gemachte, gegründete Behauptung, daß das Alter der Zurechnungsfähigkeit in verschiedenen Staaten verschieden seyn könne und oft verschieden seyn müsse. Allein fragt man nach dem Grunde, weshalb die neuesten deutschen Legislationen und Entwürfe bald das achte, bald das zehnte, bald das zwölfte, bald das vierzehnte Jahr als die Gränze der mangelnden Zurechnungsfähigkeit bezeichnen (Motive S. 93): so dürfte diese bedeutende Differenz weniger ihren Grund in der in den einzelnen deutschen Staaten bestehenden Verschiedenheit der Kulturstufe haben, als vielmehr auf Rechnung einer gewissen Verlegenheit zu setzen seyn, in die der Gesetzgeber unvermeidlich geräth, wenn er über die Jahre der *infantia* hinaus beim jugendlichen Alter die Gränze der mangelnden Zurechnungsfähigkeit nach bloßen Zahlen bestimmen soll. Für die Ansicht des Entwurfs kann man sich zwar darauf berufen, daß bei Kindern unter zehn Jahren nur selten eine Zurechnung zur Schuld angenommen werden könne; allein mit gleichem Rechte kann dies auch von Kindern unter elf Jahren behauptet werden, und es fragt sich noch immer, weshalb denn in solchen, wenn gleich zum Glück nur seltenen Fällen⁸⁾, der Gesetzgeber das zurechnungsfähige Subject nicht für strafbar erklären solle? Auch die Motive selbst (*verbis*: „wird eine feste Bestimmung vorgezogen“) drücken sich über das hier am zweckmässigsten zu befolgende System so zweideutig und ungewiß aus, daß es den Anschein hat, als habe der Gesetzgeber im Grunde der Bestimmung des *Code pénal* Art. 66. den Vorzug gegeben, nach welcher bei Uebertretungen jugendlicher Personen unter dem sechzehnten Jahre der Richter in jedem einzelnen Falle zu untersuchen hat, ob der Thäter mit gehöriger Urtheilskraft (*discernement*) gehandelt habe. Und dies ist auch, richtig

7) Ueber die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen, im Arch. des Cr. Rechts 1834. H. 1. Nr. 6.

8) Beispiele kommen vor in Wagner's Zeitschrift 1825. Bd. 1. S. 131, in Hitzig's Zeitschr. Bd. 7. S. 172 sq. u. Annalen Bd. 15. S. 178 sq.

verstanden, das System des dermalen geltenden römischen, mithin gemeinen Rechts. Nach diesem findet nämlich keine Zurechnung weder zum *dolus* noch zur *culpa* bei solchen, die sich in den Jahren der *infantia* befinden, statt, und dies läßt sich auch aus psychologischen und Erfahrungsgründen als ausnahmeloses Princip aufstellen⁹⁾. Was hingegen die Unmündigen (*impuberes*) betrifft, so unterscheidet das römische Recht, ob sie ihrer geistigen Ausbildung nach näher den Jahren der Kindheit (*infantiae proximi*) oder der Mündigkeit stehen (*pubertati proximi*). In jenem Falle, d. h. wenn nach der individuellen Beschaffenheit der Person und der speciellen der That keine Zurechnung statt findet, sind sie straf-frei, im letzteren Falle dagegen, d. h. wenn das jugendliche Subject bereits so geistig entwickelt war, daß es das Verhältniß seiner Handlung zum Strafgesetze einsehen konnte und wirklich einsah, gleichwohl das Strafgesetz übertrat, so ist es zurechnungsfähig, mithin strafbar¹⁰⁾; womit aber freilich nicht gesagt ist, daß es dem Grade nach für gleich strafbar mit jedem sonstigen Uebertreter zu erklären sey. Diese Unterscheidung des römischen Rechts beruht auf Erfahrungs- und psychologischen Gründen, wonach die geistige Entwicklung und Ausbildung bei Unmündigen gleichen Alters sehr verschieden, und überhaupt nicht an den Eintritt gewisser Jahre gebunden ist¹¹⁾; und dies ist auch, abgesehen von der römischen Terminologie (*infantiae* und *pubertati proximi*), die Ansicht des französischen Strafrechts, welches dem Richter in jedem einzelnen Falle die Entscheidung der Frage überläßt, ob der jugendliche Thäter mit oder ohne Zurechnungsfähigkeit gehandelt habe. Geht man nun davon aus, daß die Zurechnungs- und Nichtzurechnungsfähigkeit überhaupt nicht auf Præsumtionen beruht, sondern *quaestio*

9) Grolman Bibl. für peincl. Rechtsw. Bd. 1. H. 1. S. 85 sq. Hitzig Annal. Bd. 16. S. 118.

10) Wächter Lehrb. 1. S. 116. und in der Tübing. krit. Zeitsch. Bd. 4. S. 48. Nach Mittermaier zu Feuerbach's Lehrb. S. 94 soll aufser der psychischen Ausbildung auch noch auf die Annäherung an das vierzehnte Lebensalter gesehen werden.

11) Grolman a. a. O. S. 86 sq. Carus Psychologie Bd. 2. S. 28. 68.

facti ist, so kann der Gesetzgeber auch für das jugendliche Alter nicht wohl ein anderes Princip aufstellen; ausgenommen wenn der Gesetzgeber der Ansicht seyn sollte, daß das jugendliche Alter als solches, folglich auch dann, wenn der Thäter wirklich zurechnungsfähig ist, besondere Gründe darbiete, aus welchen eine peinliche Bestrafung desselben unzulässig sey. Sollte der Entwurf von dieser, gewiß richtigen Ansicht ausgegangen seyn, so dürfte er sich freilich nicht mit der Bestimmung begnügen, daß Kindern vor zurückgelegtem zehnten Jahre (vorbehaltlich der nöthigenfalls polizeilich anzuordnenden Besserungsmittel) eine gesetzwidrige Handlung nicht zur Schuld und daher auch nicht zur Strafe zugerechnet werden solle, sondern er hätte jenes Princip bestimmt und deutlich aussprechen sollen. Jedenfalls wird durch die Mitteltheorie des Entwurfs das zehnte Jahr für das Gränzalter der Zurechnungsfähigkeit zu erklären, während andere Entwürfe das achte beziehungsweise zwölfte Jahr festsetzen, nicht viel gewonnen ¹²⁾).

§. 5.

1. Minderjährigkeit.

Gegen die Bestimmung des Art. 90. a. E., daß Unmündige nach dem zehnten aber vor zurückgelegtem sechzehnten Jahre für unzurechnungsfähig zu halten seyen, „wenn sie die zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Handlung erforderliche Ausbildung noch nicht erlangt haben“ — gegen diese Bestimmung läßt sich freilich in materieller Hinsicht nichts einwenden, wohl aber in formeller. Denn sobald jene Voraussetzung vorhanden ist, kann es auf das Alter des Uebertreters gar nicht ankommen. Auch ein Volljähriger würde unter der gleichen Voraussetzung nicht bestraft werden können. Es fragt sich daher, weshalb der Gesetzgeber nicht vielmehr das allgemeine Princip ausgesprochen hat, daß alle Personen, welche die zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Handlung erforderliche Ausbildung noch nicht erlangt

12) Ueber die Behandlung jugendlicher Verbrecher s. die treffliche Kön. Preuss. Ver. vom 11. Juni 1827 in Hitznigs Zeitsch. Bd. 7. S. 150 sq.

haben, wie z. B. solche, deren Erziehung völlig verwahrlost war, oder die von Kindheit auf als Wilde aufserhalb der menschlichen Gesellschaft aufgewachsen sind, ferner ununterrichtete Taube und Stummgeborne u. s. w., für nicht zurechnungsfähig zu halten seyn? Denn das Alter erscheint hiebei als ganz aufserwesentlich. Sollte aber auch der Gesetzgeber der Ansicht gewesen seyn, daß dieses Princip bereits in dem Art. 93. von der Unwissenheit des Strafgesetzes (besser: Unkenntniß der Strafbarkeit der Handlung) ausgesprochen sey (wiewohl dies zweifelhaft scheint, da die Motive S. 56 von Taub- und Stummgebornen bei Gelegenheit der Gemüthskrankheiten [Art. 91.] reden, und den Art. 93. nur auf *delicta juris civilis* beziehen, §. 7.): so bedurfte es auch dann nicht einer speciellen Anwendung dieses Grundsatzes auf das jugendliche Alter. Denn nicht das Alter als solches, sondern die durch das Alter, oder vielmehr durch die langsame geistige Entwicklung bewirkte Unkenntniß der Strafbarkeit der Handlung ist als der eigentliche Grund anzusehen, weshalb dem jugendlichen Thäter die Uebertretung nicht zur Schuld zugerechnet werden kann. Deshalb hält der Vf. den letzten Abschnitt des Art. 90. (die richtige Auslegung des Art. 93. vorausgesetzt) für ganz überflüssig.

§. 6.

3. Mangelnder Vernunftgebrauch.

Die hieher gehörigen, die Zurechnung ausschliessenden Zustände bieten, wie jeder Jurist und Gerichtsarzt bezeugen wird, schon in formeller Hinsicht, geschweige denn in materieller, sehr bedeutende Schwierigkeiten dar, und bereits hat Hr. Dr. Leube in der oben angeführten Schrift auf einige Mängel in der Fassung des betreffenden Art. 91. aufmerksam gemacht.

Vorerst nämlich scheint es nicht nur der Wichtigkeit des Gegenstandes angemessen, sondern auch durch Gründe einer logischen Eintheilung geboten zu seyn, die „bloß vorübergehende Verwirrung der Sinne oder des Verstandes“ nicht mit dem Art. 92. in Eine Kategorie mit den eigentlichen Geistes- oder Gemüthskrankheiten, wodurch der Mensch für die Dauer des Gebrauchs seiner höheren Gemüthskräfte beraubt wird, zu

bringen, sondern beide Zustände von einander zu trennen, und nach dem Vorgange des Baier. Strafgesetzbuchs (Art. 120. Nr. 2—4. Art. 121. Nr. 9.) und fast aller neueren Entwürfe in abgesonderten Artikeln aufzuführen. Nicht minder scheint es der Wichtigkeit des Gegenstandes angemessen und durch Gründe der Logik geboten zu seyn, daß der Gesetzgeber bei den Geistes- oder Gemüthskrankheiten eines Theils, das Princip ausspreche, worauf die Unzurechnungsfähigkeit der in solchen Zuständen verübten Uebertretungen beruht, und als dieses Princip kann nur der Mangel der Freiheit, d. h. der Fähigkeit sich durch die Vernunft gegen die Anreizungen der Sinnlichkeit in seiner Handlungsweise zu bestimmen, bezeichnet werden; andern Theils daß der Gesetzgeber (zugleich auch um dem Gerichtsarzte die richtige Beurtheilung zu erleichtern) die Hauptarten der die Zurechnung aufhebenden abnormen psychischen Zustände beispielsweise aufführe, oder noch besser, daß er, falls solches möglich wäre, die Hauptformen angebe, in welchen jene Zustände vorkommen und unter welche sich alle Unterarten und besonderen Fälle der zur Zeit bekannten Seelen- oder Gemüthskrankheiten subsumiren lassen. Als solche Hauptformen hat Hr. Dr. Leube in der mehrerwähnten Schrift die Tobsucht (nach ihm angemessener als Raserei), den Trübsinn (nach ihm angemessener als Melancholie), die Verrücktheit (nach ihm passender als Wahnsinn) und den Blödsinn bezeichnet, indem durch Aufstellung dieser vier Familien die Zahl derjenigen Zustände erschöpft sey, die nach unserer gegenwärtigen Kenntniß schlechthin die Zurechnung aufheben, und in welche sich erfahrungsmäßig alle Unterarten und besonderen Fälle der bekannten Seelenkrankheiten ungezwungen einreihen ließen. Daneben beruhe diese Klassifikation zugleich auf logischen Gründen, nämlich theils auf den Begriffen: Vorstellungsvermögen (Wahnsinn, Blödsinn) und Willens- (und Gefühls-) Vermögen (Raserei, Melancholie), theils auf den Begriffen: Herabstimmung (Blödsinn, Melancholie) und Aufregung (Wahnsinn und Raserei) — Begriffe, welche alle übrigen hier zur Sprache kommenden Begriffe in sich schlossen. Demzufolge hat Hr. Dr. Leube folgende Redaction des Art. 91. vorgeschlagen:

1) Die vorübergehende Verwirrung der Sinne oder des Verstandes — genauer: die vorübergehende Verwirrung oder Betäubung des Verstandes durch die Sinne und dieser durch jene (objective Verhältnisse) — soll von den Zuständen, welche auf dem rein subjectiven Grunde der Krankheit beruhen, getrennt werden; und

2) der Art. 91. eine Fassung wie nachstehende erhalten:
 „Bei Seelenstörung durch Krankheit.“

„Eine gesetzwidrige Handlung ist straflos, wenn sie in einem Krankheitszustande begangen wurde, welcher die Freiheit der Selbstbestimmung erweisbar stört, wie Tob-sucht, Trübsinn, Verrücktheit, Blödsinn.“ Hieran soll sich denn

3) eine dem entsprechende kleine Verbesserung in der Redaction des Art. 92. anschließen.

Prüft man nun diese Vorschläge im Allgemeinen ¹³⁾, so lassen sie, ihrer unverkennbaren Vorzüge ungeachtet, doch mancherlei Bedenken zu. Denn was vorerst die geforderte Trennung der nur vorübergehend die Freiheit oder den Vernunftgebrauch aufhebenden Zustände von den eigentlichen Geistes- oder Gemüthskrankheiten betrifft, welche den Menschen für die Dauer des Vernunftgebrauchs berauben: so kann es (abgesehen von der Auctorität des Baierischen Straf-ges. Entwurfs vom Jahr 1822. Art. 67.) weder für unlogisch noch unzweckmäfsig gelten, beide Hauptzustände in Einen Artikel zu verbinden, weil der Grund der Unzurechnungs-fähigkeit in beiden Fällen der nämliche ist, nämlich Mangel der Freiheit oder des Vermögens der Selbstbestimmung nach Vernunftgründen. Es kann sich daher eigentlich nur um die Frage handeln, ob es nicht zweckmäfsiger und logisch richtiger seyn dürfte, die verschiedenen in dem Art. 91. enthaltenen Zustände — wie dies auch alle neueren Entwürfe thun —

13) Im Einzelnen dürfte gegen die vorgeschlagene Redaction des Art. 92. wohl einzuwenden seyn: 1) daß Freiheit die Selbstbestimmungs-fähigkeit durch Vernunft oder das Vermögen der Selbstbestimmung nach Vernunftgründen ist, und daß man daher nicht füglich von einer „Freiheit der Selbstbestimmung“ reden kann; 2) daß das Merkmal „stört“ zu weit ist, indem es vielmehr heißen sollte: „aufgehoben hat“; endlich 3) daß das Merkmal „erweislich“ überflüssig ist, wenn anders jene Zustände „unbedingt“ die Zurechnung aufheben sollen.

durch Zahlen, also durch 1).... 2).... 3).... 4).... etc. von einander abzusondern? Diese Methode scheint auch dem Verfasser um der Ordnung willen den Vorzug vor der des Entwurfs zu verdienen, und wenn dann der Art. 91. in seiner Hauptfassung bestehen bliebe, so bedürfte es nur der Aufstellung zweier Nummern, weil der Art. 91. nicht (gleich dem Baier. Strafgesetzbuche und den neueren Entwürfen) auch die ununterrichteten Taubstummen und diejenigen, welche durch Altersschwäche den Gebrauch ihres Verstandes verloren haben, hervorhebt; wahrscheinlich deshalb, weil jene schon unter den Art. 93. (von der Unwissenheit des Strafgesetzes) fallen, und was diese betrifft, der Gesetzgeber es nicht für nöthig gehalten hat, einzelne Fälle des Blöd- oder Stumpfsinnes namentlich hervorzuheben. Ueberhaupt spricht der Art. 91. ja nur beispielsweise, und man scheint mit dem Gesetzgeber nicht wohl darüber rechten zu können, wie viele Beispiele aufzuführen er für nöthig gehalten habe.

Was sodann den zweiten Antrag betrifft, daß der Gesetzgeber das bei Geisteskrankheiten der Unzurechnungsfähigkeit zum Grunde liegende Princip auch dem Namen nach, und zwar unter dem Namen der Freiheit der Selbstbestimmung (richtiger: der Freiheit oder der Fähigkeit der Selbstbestimmung) aussprechen solle: so hat ja der Art. 91. dieses Princip durch die Ueberschrift: „bei mangelndem Vernunftgebrauche“ so deutlich und bestimmt wie möglich ausgesprochen. Denn Freiheit ist die Fähigkeit durch Vernunft sich gegen die Antriebe der Sinnlichkeit in seiner Handlungsweise zu bestimmen. Ohne Vernunft kann es diesemnach keine Freiheit des menschlichen Willens, kein Vermögen frei zu handeln geben, und es läuft daher auf eins hinaus, ob man den Grund und die Bedingung der durch psychische Krankheitszustände aufgehobenen Zurechnung durch „Unvermögen frei zu handeln“ (Mangel an Freiheit) oder aber durch den Ausdruck: „Beraubung des Vernunftgebrauchs“ oder Mangel am richtigen Vernunftgebrauche bezeichnet. Jene Bezeichnungsweise findet sich z. B. im Preuss. Landrechte Thl. 2. Tit. 20. §. 16, diese hingegen im Oesterr. Strafgesetzbuche Art. 2., welchem letzteren sich namentlich das Baier. Strafgesetzbuch Art. 120. (*verbis*: welche den Gebrauch ihres Verstandes [besser: ihrer Vernunft] völlig ver-

loren haben), der Baier. Entw. vom J. 1822. Art. 67. (wo sie des Gebrauchs ihrer Vernunft nicht mächtig waren), der Hannov. Entwurf Art. 98. *verbis*: welche des Verstandesgebrauchs [Vernunftgebrauchs] völlig beraubt sind, und endlich auch der Württ. Entw. vom J. 1835 theils nach der Ueberschrift, theils nach den Anfangsworten des Art. 91. angeschlossen haben. Die Ueberschrift lautet nämlich: „bei mangelndem Vernunftgebrauche“, und die Anfangsworte dahin: „eine unerlaubte Handlung ist straflos, wenn sie in einem Zustande begangen wurde, in welchem der Gebrauch der Vernunft aufgehoben war“. Allerdings hätte der Art. 91. eben so gut die Ueberschrift wählen können: „bei mangelnder Freiheit“, oder, was dasselbe sagt, „beim Unvermögen frei zu handeln“. Allein den Vorzug dieser Redaction vor jener vermag der Vf. nicht wohl einzusehen. Zwar kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber den Ausdruck „Freiheit“ absichtlich und zwar deshalb vermieden habe, weil metaphysische Zweifel über die Existenz der Freiheit bestehen, und auch die Rechtsgelehrten und Psychologen in dem Gebrauche der Ausdrücke: Freiheit und Willkür schwankend und uneinig sind, ja neuere Gerichtsärzte und Psychologen von verschiedenen Arten und Graden der Freiheit reden und dadurch manche Verwirrung in die Theorie und Praxis gebracht haben. Denn es ist durch sich selbst einleuchtend, daß der Gesetzgeber durch die bloße Vermeidung des Ausdrucks „Freiheit“ alle diese und sonstige Streitigkeiten über die Freiheit, als Bedingung der Zurechnung, unmöglich abschneiden kann, und eben so gewiß ist es, daß aller jener verschiedenen Ansichten ungeachtet gleichwohl die Freiheit (und nicht wie Feuerbach behauptet, die Abschreckungsfähigkeit) das Princip und die Basis der Lehre von der Zurechnung ist und bleibt. Es giebt aber außer der inneren (moralischen) Freiheit noch eine äussere Freiheit, worunter man den Zustand der Unabhängigkeit von fremden Bestimmungsgründen und Ursachen versteht, und welche gleichfalls die Bedingung der Zurechnung zur Schuld ist. Diese hat der Art. 95. in der Ueberschrift „bei mangelnder Freiheit“, d. h. bei mangelnder äusserer Freiheit, im Gegensatze des mangelnden Vernunftgebrauchs im Art. 91. im Auge, und es läßt dagegen mit Grund auch nichts

einwenden. Sollte daher mit der Ueberschrift des Art. 91. eine Veränderung vorgenommen werden, so könnte dies nur durch ausdrückliche Unterscheidung der inneren und der äusseren Freiheit in der Art geschehen, dass der Art. 91. die Ueberschrift: „bei mangelnder innerer Freiheit“, und der Art. 95. die Ueberschrift: „bei mangelnder äusserer Freiheit“, erhielte. Allein der Vf. glaubt nicht, dass dieses nothwendig oder auch nur zweckmäßiger sey, da die Freiheit des Art. 95. durch den Gegensatz des mangelnden Vernunftgebrauchs im Art. 91. hinlänglich charakterisirt wird. In der Sache selbst ist man ja gegenseitig einverstanden, und darum sollte man um Worte nicht lange streiten. Denn dass der Ausdruck: „Mangel am Vernunftgebrauche“ gemisshandelt werden, und diese Missdeutung zu Irrthümern führen könne, wie z. B. wenn man die Begriffe Vernunft und Verstand nicht zu unterscheiden wüsste, ist ein Einwand ohne alle Erheblichkeit. Ohne Vernunft giebt es nun einmal keine Freiheit des menschlichen Willens, kein Vermögen frei zu handeln und daher begegnet man denselben — aber in der Sache gleich unerheblichen — Schwierigkeiten, man mag nun von „Freiheit“ oder von „Vernunft“ reden.

Was endlich den dritten Vorschlag, nämlich die Angabe der Hauptformen der psychischen Krankheitszustände betrifft, so hat Henke in einer trefflichen, auch vom Vf. bis hieher benutzten Abhandlung in Hitzig's Zeitschrift für Preuss. Strafrechtspflege 1827 Bd. 5. S. 394—433 „über die angemessenen Bestimmungen der Strafgesetzbücher, die durch psychische Krankheiten aufgehobene Zurechnung betreffend“, die verschiedenen Bestimmungen der neueren Strafgesetzgebungen und Strafgesetzes-Entwürfe über diese Frage zusammengestellt, dieselben unter einander verglichen, und seine Ansicht schliesslich dahin ausgesprochen, dass das Gesetz das Princip der Freiheit (es sey unter welchem Namen es wolle) an die Spitze stellen, und dann die Hauptarten der die Zurechenbarkeit aufhebenden psychischen Zustände beispielsweise auführen solle, theils damit dem Volke dadurch das ausgesprochene Princip verdeutlicht werde (allein dessen bedarf es durchaus nicht), theils damit dem Gerichtsarzte dadurch die richtige Beurtheilung erleichtert werde, da die meisten Fälle unter eine jener Hauptarten ge-

hören würden, und der Gerichtsarzt um so mehr dem gesetzlichen Zwecke entgegen zu kommen in den Stand gesetzt werde, wenn er den Fall den im Gesetze ausgedrückten Kategorien unterzuordnen vermöge. In dieser Beziehung giebt Henke dem Art. 67. des Baier. Entw. vom J. 1822 den Vorzug vor den neueren Legislationen und Entwürfen, welcher nach den von ihm selbst vorgeschlagenen, im Ganzen unbeträchtlichen Modificationen (S. 427—28) dahin lautet:

„Denjenigen, welche eine Handlung begangen haben in einem Krankheitszustande ¹⁴⁾, wo sie des Gebrauchs ihrer Vernunft nicht mächtig waren, kann eine solche Handlung nicht zugerechnet werden. Dahin gehören insbesondere: 1) an Raserei (Manie, Tobsucht), an allgemeinem oder besonderem Wahnsinn Leidende; 2) Solche, die aus Blödsinn völlig außer Stande waren, die Folgen ihrer Handlung richtig zu beurtheilen etc.; 3) Personen, welche durch Altersschwäche den Gebrauch ihres Verstandes verloren haben; 4) Taubstumme, die nicht genugsam Unterricht genossen haben, um die Strafbarkeit ihrer Handlung einzusehen etc.; 5) Diejenigen, welche die That vollbracht haben in einer Verwirrung der Sinne oder des Verstandes, worin sie sich ihrer Handlung oder deren Strafbarkeit nicht bewußt waren.“

Es giebt im Allgemeinen drei Wege, die der Gesetzgeber rücksichtlich der Bestimmungen über unfreie Zustände einschlagen kann. Entweder begnügt er sich damit (wie es das Preuss. u. Oesterr. Strafgesetzbuch thun), ein allgemeines Princip aufzustellen, wonach der Richter die Frage über die Zurechnungsfähigkeit des angeschuldigten Subjects in jedem einzelnen Falle zu beurtheilen hat ¹⁵⁾; oder er sucht die einzelnen, die Zurechnung aufhebenden psychischen Krankheitszustände vollständig und erschöpfend aufzuführen, was ihm aber schwerlich gelingen dürfte; oder endlich er giebt das Princip an, worauf die Nichtzurechnung in dergleichen Fällen beruht, und führt beispielsweise die Hauptarten

14) Diefs paßt z. B. auf Nr. 4 offenbar nicht.

15) Friedreich Handbuch der gerichtl. Psychologie. 1835., u. in Zu-Rhein's Zeitschrift für Theorie und Praxis. München 1834. H. 2. Nr. 12. S. 217.

jener Krankheitszustände an. Für diese letztere Methode haben sich außer Henke auch Visini ¹⁶⁾ und Mittermaier ¹⁷⁾ erklärt, und sie dürfte wohl auch das Mehrste für sich haben. An sich betrachtet würde freilich schon das Princip, richtig ausgedrückt, genügen, und zwar um so mehr, da die vom Gesetzgeber beispielsweise anzuführenden Hauptarten der Geistes- oder Gemüthskrankheiten jedem sachverständigen Richter, Arzte und Psychologen bekannt genug seyn werden. Allein auf der andern Seite kann man doch auch mit Grund nichts dagegen einwenden, daß der Gesetzgeber abstracte Sätze durch Beispiele erörtert, zumal da es in seiner Absicht liegen kann, durch die von ihm hervorgehobenen Hauptarten der Geisteskrankheiten eine bestimmte Ansicht auszusprechen, und auch um des Gegensatzes willen (z. B. Art. 91. „völliger Blödsinn“ vgl. mit Art. 92. „so hoher Grad von Blödsinn“) Beispiele nöthig seyn können.

Dieser letzteren Methode folgt denn auch der Entw. im Art. 91., nur daß darin nicht alle Hauptarten der Gemüthskrankheiten vorkommen, sondern nur „Raserei, allgemeiner und besonderer Wahnsinn, völliger Blödsinn“ genannt sind. Es fragt sich daher, ob es nicht besser wäre, daß der Gesetzgeber nach dem Vorschlage des Hrn. Dr. Leube als Hauptformen jener Krankheiten „die Tobsucht, den Trübsinn, die Verrücktheit, den Blödsinn“ aufführte? Allein dieser Vorschlag dürfte manchen Bedenklichkeiten unterliegen. Vorerst, wenn es (wie Hr. Dr. Leube behauptet) wahr ist, daß jene vier Krankheitszustände die Hauptformen sind, in welche sich erfahrungsmässig alle Unterarten und besonderen Fälle der bekannten Seelenkrankheiten ungezwungen einreihen lassen: so würde es nach Regeln der Logik nicht zulässig seyn, dieselben — durch das Wörtchen „wie“ — nur beispielsweise aufzuführen, sondern der Gesetzgeber müßte sich dann im Sinne der zweiten, oben erwähnten Methode ausdrücken. Können sie hingegen, wie wohl mit Recht anzunehmen ist, nur beispielsweise aufgeführt werden, so

16) In Dolliner's Zeitschr. für Oesterr. Rechtsw. 1834. H. 1. Nr. 2.

17) Im Arch. des Cr. Rechts Jahrg. 1835 S. 318. Früher war derselbe Vf. der zweiten Methode mehr zugethan. Vgl. Mittermaier Diss. de alienat. mentis 1825 S. 13, u. in Hitzig's Zeitsch. Bd. 3 S. 239 sq.

fällt damit der von Hrn. Dr. Leube geltend gemachte Grund des Vorzugs jener Redaction hinweg, und insofern würde der Gesetzgeber sich dann auch so wie der Baier'sche, der Hannover'sche und der Württemb. Entwurf ausdrücken können. Nur das könnte auffallen, daß der Art. 91. unter den Hauptarten der abnormen Seelenzustände nicht auch der Melancholie oder des Trübsinns gedenkt. Allein bekanntlich wird die Melancholie von vielen, wo nicht von den mehrsten Psychologen und Juristen gar nicht als eine selbstständige Krankheitsform anerkannt, sondern entweder zum Wahnsinn gezählt, oder nur dann als Grund der Zurechnungslosigkeit anerkannt, wenn sie in Blödsinn, Wahnsinn oder Raserei übergeht. Ueberhaupt befindet sich der Gesetzgeber hier in einer eigenthümlichen Verlegenheit. Denn da die psychischen Krankheitszustände sehr verschieden classificirt, und bald mehr bald weniger Kategorien derselben aufgestellt werden ¹⁸⁾, so weiß man kaum, wie sich der Gesetzgeber am zweckmässigsten auch nur beispielsweise ausdrücken soll, ohne dadurch einem gewissen Systeme oder einer gewissen Classification und den daraus herfließenden Folgerungen zu huldigen. Noch mislicher dürfte es um die von Hrn. Dr. Leube für die Hauptformen der psychischen Krankheitszustände vorgeschlagenen Terminologien: Tobsucht, Trübsinn, Verrücktheit, Blödsinn stehen. Denn, wenn nicht etwa der Gesetzgeber (wozu es aber an allen Gründen fehlt) die Einführung einer legalen Terminologie beabsichtigen sollte, so muß er vor allen Dingen solche Ausdrücke vermeiden, die, wie z. B. mit der Verrücktheit der Fall ist ¹⁹⁾, in der Psychologie höchst bestritten sind, und auf eine sehr verschiedene Weise gedeutet werden.

Bei diesem Widerstreite entgegenstehender Ansichten hält es freilich schwer, die richtige herauszufinden, und Gründe aufzustellen, wodurch Andersdenkende wirklich überzeugt werden könnten. Allein man darf doch nicht übersehen, daß es sich hier mehr um Methode, Form und Fas-

18) Henke Abhandl. Bd. 2. S. 227—50 2te Ausg., und in Hitzig's Zeitsch. Bd. 5. S. 410 sq. S. 418 sq.

19) Mittermaier im N. Arch. des Cr. Rechts Bd. 6. S. 363. Henke a. a. O. S. 417.

sung als um die Sache handelt, indem der Gesetzgeber, er mag sich auf die eine oder die andere Weise ausdrücken, in der Sache selbst (wie die Vergleichung aller neueren Legislationen und Entwürfe ergiebt) die gleiche Ansicht ausspricht, und weder auf die eine noch auf die andere Weise im Stande ist, den Gerichtsarzt und den Juristen besser aufzuklären und zu belehren. Da indess der Art. 91. es sich einmal zur Aufgabe gesetzt hat, das von ihm anerkannte Princip der Unfreiheit oder des mangelnden Vernunftgebrauchs durch Beispiele zu erörtern, so würde es zweckmäßiger gewesen seyn, wenn nach dem Vorgange aller neueren Legislationen und Entwürfe auch die ununterrichteten Taubstummen (rücksichtlich welcher die Motive selbst S. 56 eine Erläuterung, oder wenn man will, Belehrung des Richters für nöthig halten), und diejenigen, welche durch Altersschwäche den Gebrauch ihrer Vernunft verloren haben, speciell hervorgehoben wären. Denn so gewiss auch dem Gesetzgeber keine bestimmte Zahl von Beispielen vorgeschrieben werden kann, so sollte er doch (und nichts scheint natürlicher) aus der Fülle der Erfahrung die wichtigsten Aufhebungsgründe der Zurechnung wegen mangelnden Vernunftgebrauchs ²⁰⁾ zusammenstellen, um einestheils dem Richter einen ungefähren Ueberblick über das Ganze zu verschaffen, anderntheils um dadurch zugleich in den Stand gesetzt zu werden, die verschiedenartigen Aufhebungsgründe der Zurechnung wenigstens äusserlich, d. h. durch Zahlen von einander abzusondern, indem es (und darin stimmt der Vf. ganz der Ansicht des Hrn. Dr. Leube bei) einen mindestens unangenehmen Eindruck macht, wenn man in dem zweiten und dritten Absatze des Art. 91. die verschiedenartigsten Zustände durch die bloße copula „und“ mit einander verbunden und unmittelbar daran den Satz geknüpft sieht, daß derjenige, welcher sich berausche um in diesem Zustande ein vorher beschlossenes Verbrechen zu verüben, als zurechnungsfähig zu betrachten sey. Denn der Sprung von der Raserei, dem

20) Und zu diesen gehört unstreitig auch die ununterrichtete Taubstummheit, wie die reichhaltige Literatur im N. Arch. des Cr. Rechts Bd. 7. S. 737., vgl. mit den Fällen in Hitzig's Zeitschr. Bd. 4. S. 427. Bd. 9. S. 331, Annalen H. 1. S. 329. 392., H. 4. S. 353 u. Bd. 16. S. 372 ergiebt.

Blödsinn u. s. w. zu dem absichtlichen Betrinken ist doch zu groß, und läßt bei dem Leser eine gewisse unbehagliche Leere zurück. Im Uebrigen wagt es jedoch der Verf. nicht, eine bessere Redaction des Art. 91. vorzuschlagen, jene aber scheint ihm den Anforderungen an eine wissenschaftliche Anordnung gemäß zu seyn.

Dahingegen hätte der Vf. gewünscht, daß Hr. Dr. Leube oder ein anderer Sachkundiger für die „vorübergehende gänzliche Verwirrung der Sinne oder des Verstandes“ eine bessere Redaction vorgeschlagen hätte, weil darunter, wie schon Henke ²¹⁾ mit Recht erinnert hat, zu viele Zustände gebracht werden können, die nach der richtigen Ansicht unmöglich sammt und sonders Zurechnungslosigkeit begründen können. Auch die Motive haben einige Rücksicht hierauf genommen, indem sie S. 55 bemerken, daß wenn gleich die im Art. 91. beispielsweise angeführten Zustände andere, sofern sie rechtsgenügend constatirt seyen, nicht ausschließen, man doch dafür gehalten habe, daß die sogenannte Manie ohne Verrücktheit (*mania occulta*) und die krankhaften Instincte, z. B. der Schwangeren, welche nach der Lehre mancher Aerzte den Willen unwiderstehlich bestimmen sollen, zur Zeit keine Berücksichtigung verdienen, weil jene Lehre überhaupt noch nicht genügend aufgeklärt sey, und in ihrer Anwendung dem Verbrecher den erwünschten Vorwand darbieten würde, sich unter Berufung auf einen unbezwinglichen Trieb zum Verbrechen der verdienten Strafe zu entziehen. Ueberdies, heißt es weiter, könnte das Bewußtseyn der Straflosigkeit den sogenannten unwiderstehlichen Trieb wirklich erst erzeugen und nähren. Allein hier fragt man mit Recht, was denn durch diese Erklärung der Motive bezweckt werden solle? Soll damit nur gesagt seyn, daß der Gesetzgeber die *mania occulta*, die Gelüste der Schwangeren und andere Monomanieen aus den angegebenen Gründen nicht namentlich in dem Art. 91. aufgeführt habe: so kann dies (abgesehen jedoch von den nicht hieher gehörigen politischen Gründen) nur gebilligt werden. Soll hingegen jene Erklärung oder Belehrung der Motive

21) In Hitzig's Zeitsch. Bd. 5. S. 480 sq. Vgl. auch die Anm. zum Baier. Strafgesetzb. Bd. 1. S. 304.

zum Zweck haben, dem Richter die Subsumtion der *mania occulta* und anderer Monomanieen unter „die vorübergehende Sinnen- oder Verstandesverwirrung“ des Art. 91. förmlich zu untersagen: so würde ein solches Verbot in sich ungeeignet seyn, und jedenfalls sich mehr für einen zukünftigen authentischen Commentar zum Strafgesetzbuche (und diesen scheint auch Hr. Dr. Leube bei seinen Anträgen S. 54 Nr. 2. und 3. im Auge zu haben), als für die Motive zu einem bloßen Strafgesetzes-Entwurf eignen. Endlich auch dürfte es dann nicht einmal nebenher durch politische Gründe unterstützt werden, indem diese mit der Frage über Zurechnungsfähigkeit gar nichts gemein haben. Es scheint jedoch, daß die Motive durch jene Worte nur erklären wollten, weshalb der Gesetzgeber nicht nach dem Vorgange anderer Strafgesetzes-Entwürfe, wie z. B. des Königl. Sächsischen vom J. 1824 und des Hannover'schen Art. 98. Nr. 2., das „unwiderstehlich (oder wider Willen) Hingerissenwerden zu gewaltthätigen Handlungen“ als einen eigenen, die Zurechnung aufhebenden Zustand, in dem Art. 91. aufgenommen habe, und daß nach der Ansicht des Gesetzgebers dieser Zustand auch nicht als unter der „vorübergehenden Sinnen- oder Verstandesverwirrung“ begriffen zu betrachten sey, ohne jedoch dadurch dem Richter die Subsumtion desselben unter den Grundsatz des Art. 91. förmlich untersagen zu wollen. Nur haben die Motive dabei die *mania occulta* (den versteckten Wahnsinn) mit der *mania sine delirio* (Wuth ohne Verrücktheit) verwechselt. Während nämlich nach der gegenwärtig so ziemlich allgemein angenommenen Ansicht der tüchtigsten Aerzte und Juristen die *amentia occulta* oder der versteckte Wahnsinn nicht als ein die Zurechenbarkeit aufhebender krankhafter Seelenzustand angesehen werden kann ²²⁾, und es eben so wenig

22) Ueber die bekannten Fälle von Papavoine und Leger s. die Crim. Beiträge von Hudtw. u. Trummer Bd. 1. S. 113 und Leube in der Tübing. krit. Zeitsch. Bd. 4. S. 180 sq. Ueber Schmolling und Woyzeck s. Hitzig's Zeitsch. Bd. 1. S. 261—367. S. 478—500. Bd. 8. S. 145. Bd. 9. S. 188 sq. (vgl. besonders mit S. 223). Dazu: Mittermaier im Arch. des Cr. Rechts. 1835. H. 1. S. 99 u. 103. Weber psych. Anthropologie S. 500. Rossi traité de droit pénal p. 276. Feuerbach aktenm. Darstellung Thl. 2 S. 254 u. 500. Clarus die Zurechnungsfähigkeit des Mörders Woyzeck S. 49 sq.

eigne, die Zurechnung aufhebende Monomanieen (im neueren Sinne des Worts) giebt ²³⁾, ist das Vorhandenseyn einer *amentia sine delirio* oder der Wuth ohne Verrücktheit, die mit somatischen Krankheiten in Verbindung stehen soll, schon bestrittener ²⁴⁾, so dafs, wenn die Motive die *mania occulta* und die Wuth ohne Verrücktheit für gleichbedeutende Zustände nehmen, dies offenbar auf einem Irrthum beruht. Wenn nun aber gleich eine *mania sine delirio* nicht wohl in Abrede gestellt werden kann, so bedarf sie doch, wie auch Hr. Dr. Leube a. a. O. S. 40 mit Recht bemerkt hat, keiner besonderen Erwähnung im Strafgesetzbuche, und auch das ist zu billigen, dafs der Entwurf nicht nach dem Vorgange des Art. 98. des Hannov. Entwurfs, die von vielen Psychologen und Juristen ²⁵⁾ in Abrede gestellte Zurechenbarkeit der von einem Wahnsinnigen in lichten Zwischenräumen (*dilucidis intervallis*) verübten Uebertretungen ausgesprochen hat, indem es in dieser, wie in vielen anderen Beziehungen genügt, den Richter auf das Princip der Unfreiheit oder des mangelnden Vernunftgebrauchs zu verweisen, zumal da es sonst leicht den Anschein gewinnen könnte, als mäfse es sich der Gesetzgeber an, diese und andere wichtigen Fragen auf dem Gebiete der Psychologie durch seine Auctorität entscheiden zu wollen, was offenbar eine thörichte Idee seyn würde. — Hiemit schliesst der Verf. diese Materie, und wendet sich nunmehr zu den übrigen die Zurechnung aufhebenden Gründen des neuen Entwurfs.

§. 7.

4. Unverschuldete Unwissenheit des Gesetzes.

Die Grundsätze, von welchen die Motive S. 56 zur Rechtfertigung der Bestimmung des Art. 93. über die Un-

23) Leube a. a. O. S. 43 sq. Mittermaier Diss. de alienat. mentis p. 24 u. in der Tüb. Krit. Zeitsch. Bd. 2. S. 288. Bd. 4. S. 439. N. Arch. des Crim. Rechts Bd. 4. S. 632. Bd. 3. Nr. 8. Hitzig's Zeitsch. Bd. 6. S. 132—55.

24) *Conradi de mania sine delirio* S. 103—21. Gros die Lehre von der *mania sine delirio*. Heidelb. 1830. Weber a. a. O. S. 481. Mittermaier im Archiv a. a. O. S. 103—21.

25) Z. B. kürzlich noch von Friedreich im N. Arch. des Crim. Rechts Bd. 14 S. 258 sq.

wissenheit des Strafgesetzes ausgehen, können nicht bestritten werden, und begründen nach der Ansicht der Motive den Schluss, daß der Art. 93. nur als seltene Ausnahme bei solchen Handlungen oder Unterlassungen zur Anwendung kommen könne, die dem natürlichen Rechtsgeföhle fremd seyen, und blos auf eigenthümlichen Staatsverhältnissen beruhten. Denn, wie sich von selbst versteht, so setzen die Motive bei dieser Schlussfolgerung voraus, daß der Art. 93. nur auf solche Personen zu beziehen sey, die nicht schon aus anderen Gründen, z. B. wegen Jugend (Art. 89.), oder wegen mangelnden Vernunftgebrauchs (Art. 91.), unzurechnungsfähig sind. Allein es lassen sich gleichwohl Fälle denken, auf welche der Art. 93. schlechthin und unbedingt zur Anwendung kommen kann, wie z. B. wenn der Uebertreter im Zustande der völligen Wildheit, oder abgesondert von allem menschlichen Umgange aufgewachsen war, oder (denn der Entwurf weist denselben keine bestimmte Stellung an) zu den ununterrichteten Taub- und Stummgebornen gehörte u. s. w. Abgesehen von diesen Fällen ist freilich die von den Motiven hervorgehobene Unterscheidung zwischen *delicta juris gentium* und *juris civilis* im Sinne des römischen Rechts, oder wie die neueren Rechtsphilosophen sich ausdrücken, zwischen absoluten und relativen, beziehungsweise natürlichen Verbrechen (*delicta naturalia, per se*) und Verbrechen rein positiver Art (*delicta mere positiva*) für die Lehre von der Unwissenheit des Strafgesetzes (*error juris*) von großer Wichtigkeit, und bekanntlich schon im römischen Rechte gewürdigt worden ²⁶⁾, allein auf andere Weise als der Entwurf anzuerkennen für gut gefunden hat. Da nun nach des Vfs. Ansicht die Bestimmungen des römischen Rechts den Vorzug vor dem Art. 93. verdienen, so mögen zur Rechtfertigung dieser Behauptung folgende Bemerkungen dienen.

Die Motive bestätigen aufs Neue den Satz, daß die Strafrechtswissenschaft der Unterscheidung zwischen *delicta ju-*

26) Bauer Anm. zum Hann. Entw. Thl. 2. S. 50 sq. Birnbaum im N. Arch. des Cr. Rechts Bd. 11. Nr. 5. Bd. 12. Nr. 1. Jarcke in Hitzig's Zeitsch. Bd. 3. S. 100 sq. Heffter im N. Arch. Bd. 12. S. 144 sq. S. 253 sq. Rosshirt Entwicklung S. 23 sq.

ris gentium und *juris civilis* oder natürlichen und rein positiven Verbrechen nicht entbehren kann, und wenn gleich die Anwendung dieser Begriffe auf die sittlichen Ansichten der Gegenwart nicht ohne Schwierigkeit ist, und es im Einzelnen (die schweren Verbrechen abgerechnet) vielfach streitig seyn und bleiben wird, „was schon das natürliche Rechtsgefühl untersage und daher Jedermann wissen müsse“: so können doch diese Zweifel auf legislativem Wege unmöglich gehoben werden, und man muß sich daher, wie es auch die Motive gethan haben, mit bloßen Andeutungen begnügen und dem Richter die Entscheidung dieser Zweifel im Einzelnen überlassen. Allein eine andere Frage ist es, ob die Bestimmung des Art. 93. genüge, „dass wenn sich aus den Umständen die völlige Schuldlosigkeit einer solchen Unwissenheit (des Strafgesetzes) ergebe“, der Thäter straffrei seyn solle. Denn nach dem Grundsatz, dass jeder Unterthan verpflichtet ist, die Strafgesetze des Staats zu kennen und Gelegenheit hat sie kennen zu lernen (Motive S. 56), wird der Art. 93. selbst bei *delictis juris civilis* nur sehr selten zur Anwendung kommen können. Neben diesem allgemeinen Grundsatz anerkennt nun aber das römische Recht noch den besonderen Satz, dass wenn Minderjährige, Weiber, und solche, die an einer natürlichen Stumpfheit (*rusticitas*) leiden, sich bei einem *delicto juris civilis* zu ihrer Entschuldigung auf Unkenntniß des Gesetzes (*error juris*) berufen, dieselbe zu ihren Gunsten zu präsumiren sey, und zwar theils deshalb, weil sie vermöge ihrer Lage, ihrer Stellung und ihrer Verhältnisse im bürgerlichen Leben die Vermuthung für sich haben, dass sie das Strafgesetz wirklich nicht gekannt haben; theils deshalb, weil man nicht von ihnen mit gleicher Strenge wie von den übrigen Unterthanen verlangen kann, dass sie sich eine genaue Kenntniß von den bestehenden Strafgesetzen verschaffen sollen. Aus diesen Gründen erklärt sie das römische Recht für straffrei, wenn es sich um ein bloßes *delictum juris civilis* handelt, wogegen im Uebrigen, wenn der Rechtsirrthum entschuldigen soll, besondere Gründe der Entschuldbarkeit vorhanden und erwiesen seyn müssen, weil im Allgemeinen die Unkenntniß des Gesetzes als verschuldet zu betrachten ist. Solche besondere Entschuldigungsgründe können nun aber, selbst bei Vergehen

rein positiver Art immer nur selten und ausnahmsweise vorkommen, wie z. B., wenn der Uebertreter zur Zeit der Publication des Gesetzes abwesend war ²⁷⁾, oder an Taubstummheit litt, weil taubstumme Personen, wenn gleich unterrichtet und daher im Allgemeinen zurechnungsfähig, von Verbrechen rein positiver Art keine Kenntniss haben können ²⁸⁾, u. s. w. Es scheint nun aber die Anerkennung jener Ausnahme zu Gunsten der Minderjährigen, Weiber u. s. w. um so billiger, da es überhaupt hart ist, Jemanden wegen eines Vergehens rein positiver Art, welches er in dieser Eigenschaft gar nicht erkannt hat, blos darum weil er es hätte kennen können und sollen, mit der Strafe des Gesetzes zu belegen und diese Härte ganz vorzüglich die gedachten Personen trifft, an welche man mit Rücksicht auf ihre Lage und ihre Verhältnisse nicht wohl die gleiche Anforderung wie an die übrigen Unterthanen machen kann, dass sie die Strafgesetze des Staats kennen sollen. Hiezu kommt noch insbesondere, dass der Entwurf, wenigstens nach des Vfs. Ansicht (die aber freilich von Andern leicht in Zweifel gezogen werden könnte), eine nicht unbedeutliche Anzahl von strafbaren Vergehen rein positiver Art anerkennt, wohin der Vf. zählt: den Art. 3., welcher allen auswärtigen Staaten und Behörden den gleichen Schutz der Württembergischen Strafgesetze, wie dem eignen Staate und den eignen Behörden gewährt ²⁹⁾; den Art. 87., welcher die Verhinderung bevorstehender Verbrechen oder Vergehen bei Strafe gebietet, und die Unterlassung dieses Gebots, namentlich im Art. 133. beim Hochverrathe, mit schwerer Strafe bedroht; den Art. 99., welcher bei Tödtungen oder Verwundungen in der Nothwehr dem Thäter die Anzeige des Vorfalles bei Strafe gebietet ³⁰⁾; den Art. 100, welcher das gleiche bei Verletzungen im Nothstande festsetzt; den Art. 88., welcher in gewissen Fällen verübte Verbrechen anzuzeigen bei Strafe gebietet, den Art. 139. von unerlaubten Verbindungen und Gesellschaften, den Art. 235. von der Verheimlichung der Geburt, u. s. w. — alles Fälle, die der

27) Hitzig's Zeitsch. Bd. 7. S. 104 sq.

28) Hitzig a. a. O. Bd. 9. S. 349.

29) Vgl. unten §. 15.

30) Vgl. §. 8. a. E.

Mehrzahl nach, wie der Verf. an einem andern Orte zu erweisen hofft, sich nicht einmal für eine gute Strafgesetzgebung eignen und daher besser zu streichen wären. Der Art. 90. hat freilich schon für unmündige Personen zwischen dem 10. und 16. Jahre, und zwar selbst mit Rücksicht auf *delicta juris gentium* gesorgt, indem die Jugend als Milderungsgrund der Strafe anerkannt ist. Allein hier handelt es sich nicht um Unmündige, sondern um Minderjährige, Weiber und Personen, die an einem natürlichen Stumpfsinn leiden, auch nicht um eine bloß verminderte Zurechnung zur Strafe, sondern mit Rücksicht auf das *aequum jus* um völlige Strafflosigkeit derselben bei Vergehen rein positiver Art. In dieser Hinsicht scheint dem Vf. das römische Recht den Vorzug vor dem Art. 93. zu verdienen, und daher die Einführung desselben in dem Entwurfe wünschenswerth zu seyn, zumal da auch im Civilrechte den gedachten Personen der *error juris* vielfach verziehen wird, und die Gründe, worauf diese mildere Beurtheilung im Civilrechte beruht, auch auf Vergehen rein positiver Art (aber freilich auch nur auf diese) ihre volle Anwendung finden.

§. 8.

5. Nothwehr.

In Beziehung auf die Nothwehr (Art. 96 sq.) folgt der Württ. Entwurf im Wesentlichen, und gewiß mit Recht, den trefflichen Bestimmungen des Baier. Strafges. Art. 125 sq. Die Motive S. 95 heben dabei hervor, daß der Entwurf die mancherlei ungegründeten Beschränkungen des älteren Gerichtsgebrauchs (mehr noch, kann man hinzufügen, der neueren Legislationen) beseitigt habe, wie z. B. daß das Gut ein unersetzliches seyn müsse, daß wenigstens bei dem Angriffe auf ein an sich ersetzliches Recht kein unersetzliches Recht des Angreifers verletzt werden dürfe, daß zum mindesten der Schaden bedeutend seyn müsse, daß ein Angriff auf die Ehre nicht zur Nothwehr berechtige, daß unbedingter Angriff nicht durch den Verletzenden selbst veranlaßt seyn dürfe u. s. w.

Was nun den ersten und vorletzten Punct, nämlich das gefährdete und zur Nothwehr berechtigende Rechtsob-

ject betrifft, so ergibt sich aus dem Art. 96., daß das Recht der Nothwehr begründet ist bei rechtswidrigen Angriffen auf das Leben, auf die Gesundheit, die Freiheit, die Ehre und bewegliches Eigenthum, so wie bei gewaltthätigen Einfällen, Einbrüchen oder sonstigem unerlaubten Eindringen in fremdes Besitzthum (unbewegliches Eigenthum). Diefs stimmt im Wesentlichen mit dem Art. 129. des Baier. Strafges. überein, nur daß dieser, statt der Ehre überhaupt, bloß von der Geschlechtsehre spricht. Die Motive rühmen es aber als einen Vorzug des Entwurfs, daß auch der Angriff auf die Ehre überhaupt (bürgerliche Ehre) zur Nothwehr berechtigen solle. Allein darin dürfte dem Entwurf und den Motiven mit Grund nicht beizustimmen seyn. Die mehrsten neueren Rechtslehrer, z. B. Jarcke³¹⁾, Martin³²⁾, Grolman³³⁾, Feuerbach³⁴⁾, Mittermaier³⁵⁾, Wächter³⁶⁾ und andere mehr, haben sich, und zwar aus entscheidenden Gründen, gegen die Zulässigkeit der Nothwehr bei Ehrenkränkungen (Injurien) erklärt. Denn vorerst wird die Nothwehr zur Erhaltung des angegriffenen oder bedrohten Rechts ausgeübt, setzt mithin voraus, daß das gefährdete Recht durch Ausübung des Zwanges erhalten werden konnte. Nun läßt sich aber bei bloßen Verbalinjurien oder Schmähungen nicht wohl behaupten, daß die bedrohte Ehre durch Ausübung von Gewaltthätigkeiten im eigentlichen Wortverstande erhalten oder gerettet werden könne. Ja man kann in dieser Beziehung sich nicht einmal auf die öffentliche Meinung oder auf die herrschenden Ansichten und Begriffe von Ehre und Ehrgefühl berufen, indem es unter denjenigen Ständen, welche das feinste Ehrgefühl prätendiren, ein freilich ungesetzliches aber auf der öffentlichen Meinung beruhendes Mittel giebt, um der Beschimpfung los zu werden und neuen Beschimpfungen zuvorzukommen, nämlich die Herausforderung des Beleidigers oder das Duell, womit denn die Nothwendigkeit

31) Handbuch Thl. 1. S. 149.

32) Lehrbuch §. 45. Anm. 8.

33) Strafrechtswiss. §. 28. Anm. d.

34) Lehrbuch §. 38. Anm. c.

35) Zu Feuerb. Lehrb. I. c. S. 45. Anm.

36) Lehrbuch I. S. 89.

der Ausübung der Nothwehr zur Rettung der angegriffenen Ehre hinwegfällt; und dieß ist eben die gute Seite des Duells. Anders verhält es sich freilich bei Realinjurien, besonders schwerer Art, indem diese zugleich mit der Ehre auch noch andere Rechte verletzen, und es auffallend seyn würde, wenn der Gesetzgeber dem bloßen Eigenthum einen höheren Werth als der Integrität des menschlichen Körpers beilegen wollte. Allein dessenungeachtet darf man nicht übersehen, daß die Nothwehr stets eine angefangene Verletzung oder Beleidigung (*laesio inchoata*) voraussetzt, mithin wegfällt und zur Selbstsache wird, wenn die Beleidigung schon geschehen ist (*laesio consummata* oder *perfecta*). Aus diesem Grunde werden selbst schwere Realinjurien sich nur selten zur Nothwehr eignen, nämlich nur dann, wenn aus den Umständen ersichtlich ist, daß der Beleidiger die Injurie fortsetzen werde. Allein für diesen Fall hat schon das Baier. Strafgesetzbuch, ungeachtet es der Ehre nicht ausdrücklich gedenkt, durch die generellen Worte des Art. 125.: „Angriffe auf Personen oder Güter“ gesorgt. Denn Realinjurien gehören zu den Angriffen auf die Person oder die Persönlichkeit des Menschen. Nun würde freilich in dem Art. 96. Nr. 1. des Württ. Entwurfs eine Lücke entstehen, wenn man das Wort „Ehre“ streichen wollte, weil Realinjurien nicht zu den Verletzungen der „Gesundheit“ oder Körperverletzungen (Art. 243 — 56.) gehören, vielmehr in der Theorie und Praxis denselben entgegengesetzt werden³⁷⁾. Allein zur Ausfüllung der durch das Wegfallen der Ehre in Beziehung auf Realinjurien entstehenden Lücke dürfte folgende Redaction zweckmäfsig seyn „mit Gefahr für Leben, für die Integrität des menschlichen Körpers oder für Freiheit verbundenen Angriff auf die Person“. Denn unter Verletzungen der Integrität des menschlichen Körpers sind sowohl Körperverletzungen als auch Realinjurien begriffen³⁸⁾, und damit würde der Gesetzgeber zugleich für die (freilich nur seltenen Fälle) gesorgt haben, wo Realinjurien das Recht der Nothwehr zulassen. Wenn da-

37) Grolman Magazin für Philos. des Rechts Bd. 1. H. 1. S. 34 fg. Knapp Württ. Criminalrecht S. 250.

38) Grolmann a. a. O.

gegen der Gesetzgeber, wie es der Art. 96. des Entwurfs thut, die Ehre besonders hervorhebt, und unbedingt dem Leben, der Gesundheit und der Freiheit an die Seite stellt, so dürfte er sich gar bald davon überzeugen, daß eine solche Bestimmung zu den betrübendsten und schwersten Mißbräuchen, namentlich bei dem stets bewaffneten und daher zur Ausübung der Nothwehr stets paraten Militair, Anlaß geben werde. Sind doch noch kürzlich aus dem benachbarten Baden'schen Staate grade hierüber schwere Klagen vernommen worden, ungeachtet der Baden'sche Gesetzgeber keinen Art. 96., wie der Württ. Entwurf, anerkennt. Wie sollte es daher an Mißverständnissen und Mißbräuchen fehlen können, wenn der Gesetzgeber ohne weitere Beschränkung Angriffe auf die Ehre den Angriffen auf das Leben gleichstellt?

Dahingegen ist es zu loben, daß der zweite, (auf Verletzung des Eigenthums sich beziehende) Fall der Nothwehr (Art. 96. Nr. 2.) die Beschränkung erhalten hat: „falls nicht nach allen, dem Angegriffenen bekannten Umständen, Schadenersatz zu erwarten war“. Die Motive S. 58 verstehen darunter vollständigen Ersatz des Schadens, und lag dieses in der Absicht des Gesetzgebers, so darf das Merkmal „vollständig“ in dem Art. 96. nicht fehlen, weil zwischen Schadensersatz überhaupt (welcher auch ein unvollständiger oder theilweiser seyn kann) und einem vollständigen Schadensersatz ein wesentlicher Unterschied besteht. Das Baier. Strafgesetzbuch und neuere Entwürfe unterscheiden freilich nicht, ob das angegriffene Eigenthum ersetzlich oder unersetzlich sey, sondern gestatten in beiden Fällen die Ausübung der Nothwehr, und streng genommen kann auch der Staat nicht verlangen, daß der Angegriffene Verletzungen seines Eigenthums ruhig erdulde und hinterdrein den Thäter auf Ersatz belange, weil viele Gründe gedacht werden können, aus welchen ihm sein wohlgegründetes Recht auf Entschädigung vereitelt werden könnte, wie z. B. wegen mangelnden Beweises der That oder des Thäters, wegen der Flucht des Letzteren, wegen später eintretender Insolvenz desselben u. s. w.; daher es denn jedenfalls sicherer ist, sich in solchen Fällen selbst zu helfen, als auf die langsame und in ihrem Erfolge ungewisse und zweifelhafte Hülfe der Gerichte zu zählen. Allein auf der anderen

Seite muß man doch erwägen, daß der Entwurf zur Erhaltung jedes angegriffenen Rechts, also auch des Eigenthumsrechts, den äussersten Zwang d. h. die Tödtung des Angreifers gestattet, so oft dieselbe die Bedingung der Erhaltung des angegriffenen Rechtsobjects ist, und daß aller jener Gründe ungeachtet nicht wohl behauptet werden kann, daß Zwang zur Erhaltung des Eigenthums nothwendig sey, wenn der Bestohlene voraussieht, daß er von dem Thäter vollständigen Ersatz erhalten werde, indem die Vereitelung dieser Erwartung mehr auf Rechnung des Zufalls zu setzen ist. Daher dürfte der Art. 96. Nr. 2. wohl das Richtige getroffen haben, wenn er zur Vertheidigung des Eigenthums durch Ausübung von Gewalt voraussetzt, daß das Eigenthum *in concreto* unersetzlich gewesen seyn müsse, wie z. B. wenn Jemand von einem ihm unbekannten Menschen bestohlen wird und wegen Einsamkeit des Orts keine Gelegenheit findet ihn auf der Stelle zu verfolgen, oder wenn der Diebstahl bei Nacht geschieht, weil dann der Dieb nicht erkennbar noch ein Wiederergreifen desselben möglich ist, u. s. w. Nimmt man hinzu, daß nach Art. 97. Nr. 3. *verbis*: „nach allen (wozu allen? besser: den) dem Angegriffenen bekannten Umständen“ der Richter angewiesen ist, sich in die eigenthümliche Stimmung hineinzudenken, in welcher sich der Angegriffene nach den Umständen und nach seiner Individualität befand (Motive S. 97), es mithin weniger darauf ankommt, ob das angegriffene Eigenthum *in concreto* wirklich unersetzbar war, als vielmehr darauf, ob der Angegriffene es für unersetzbar hielt: so dürfte der Gesetzgeber auf der einen Seite Alles gethan haben, was der nothwendige Schutz des Eigenthums erfordert, und auf der anderen das Mißverhältniß, welches zwischen der Tödtung des Diebes und der Erhaltung eines bloßen Eigenthumsstücks nach allgemein menschlichen Rücksichten besteht, so viel wie möglich beachtet haben. Es hält daher die Theorie des Entwurfs die Mitte zwischen zweien Extremen, nämlich zwischen der unbedingten Gleichstellung der erworbenen Rechte mit den angeborenen, und der Beschränkung der Nothwehr auf den Schutz der angeborenen Rechte des Menschen. Beide Systeme haben ihre Vertheidiger gefunden,

aber beide sind Extreme, welche der neue Entwurf glücklich vermieden hat.

Der dritte Fall der Nothwehr (Art. 96. N. 3.) bezieht sich auf den Schutz des unbeweglichen Eigenthums, oder wie sich der Art. 96. Nr. 3. im Gegensatze des liegenden oder beweglichen Eigenthums (Art. 96. Nr. 2. Art. 97. Nr. 3.) ausdrückt, „des Besitzthums“, worunter denn nach dem Worte, „eindringen“ auch unbefugte Störungen des Hausfriedens begriffen sind, wenn man sich durch obrigkeitliche Hülfe des Thäters nicht entledigen konnte. Bei dieser Gelegenheit glaubt jedoch der Vf. auf eine Lücke des Entwurfs aufmerksam machen zu sollen. Nach dem dormalen geltenden römischen Civilrechte hat nämlich bei heimlichen Entsetzungen (*clandestina dejectio*) aus dem Besitze einer Liegenschaft der Entsetzte, sobald er Kenntniß davon erlangt, das Recht den Eindringenden zu vertreiben, und muß es *in continenti* thun, wenn er nicht den Besitz verlieren oder eine Unterbrechung seines Besitzes erleiden will. Obrigkeitliche Hülfe kann hier, da oft ein einziger Moment entscheidet, häufig zu spät kommen, und daher hat das römische Recht in Erwägung der hohen Wichtigkeit des Besitzstandes namentlich unbeweglicher Güter, und in fernerer Erwägung, daß der Thäter durch seine versteckte und heimliche Handlungsweise dem Entsetzten die Möglichkeit der Selbstvertheidigung abgeschnitten hat und zweifelsohne abschneiden wollte, „um desto sicherer seinen rechtswidrigen Zweck zu erreichen, dem letzteren gewissermaßen noch nachträglich das Selbstvertheidigungsrecht gestattet, wiewohl streng genommen, da die Verletzung bereits geschehen ist (*laesio perfecta*) von einer Selbstvertheidigung im juridischen Sinne des Worts nicht die Rede seyn kann. Es würde mithin auf den vorliegenden Fall der Begriff einer straflosen Selbsthülfe, wenigstens nach der von der Doctrin zwischen der Selbstvertheidigung und der Selbsthülfe gezogenen (mit Unrecht von dem Art. 180. des Entwurfs verläugneten) Gränzlinie, zur Anwendung kommen. Allein er ist weder bei der Nothwehr, noch bei der Selbsthülfe (Art. 189.) vom Gesetzgeber berücksichtigt worden. Denn die Worte des Art. 96. Nr. 3. beziehen sich nur auf denjenigen, welcher einzufallen einzu-

brechen . . . einzudringen sucht, wie dies auch nach den Grundsätzen von der Nothwehr, welche eine *laesio inchoata* voraussetzt, ganz der Consequenz gemäß ist; und der Art. 189., welcher die Selbsthülfe „außer den gesetzlich erlaubten Fällen“ für strafbar erklärt, (da der Entwurf, wie aus den Motiven ersichtlich ist, auch die Selbstvertheidigung zur Selbsthülfe zählt) hauptsächlich auf die Lehre von der Nothwehr zu beziehen, worin aber die gewaltsame Entsetzung des *clandestinus dejector* nach der That nicht enthalten ist. Nun könnten freilich, um diese Lücke auszufüllen, die Worte des Art. 189: „außer den gesetzlich erlaubten Fällen“ dahin erweitert werden: „außer den nach dem Civilrechte und nach dem gegenwärtigen Strafgesetzbuche erlaubten Fällen“. Allein der Vf. hält es vom Standpuncte der Doctrin aus für ganz ungeeignet, die Selbstvertheidigung zur Selbsthülfe zu zählen, und glaubt daher, daß jene Lücke vielmehr in dem allgemeinen Theile, und zwar in der Lehre von der Zurechnung auszufüllen seyn dürfte. Darin geht schon das Baier. Strafgesetzbuch mit gutem Beispiele voran, indem es der Nothwehr das allgemeine Princip vorausschickt, „daß derjenige, welcher ein ihm zukommendes Recht auf gesetzliche Weise ausübe, wegen des daraus entstehenden Schadens so wenig nach peinlichen als nach bürgerlichen Gesetzen verantwortlich sey“; und so hat sich auch der Hannov. Entw. Art. 91., jedoch nur in Beziehung auf die Strafe, ausgedrückt. An dieses allgemeine Princip knüpft sich denn die Nothwehr, als einer der wichtigsten darunter begriffenen Fälle, indem bei Verletzungen in der Nothwehr der Angegriffene nur von seinem Rechte (dem Rechte der Selbstvertheidigung) Gebrauch macht. Es könnte nun zwar scheinen, als verstehe sich jenes Princip auch ohne die ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers ganz von selbst. Allein eines Theils gilt das Gleiche ja auch von vielen anderen eben so unbestreitbaren Principien, welche der Entwurf gleichwohl aufzunehmen für gut befunden hat; andern Theils lassen sich aus jenem Principe, wie namentlich Bentham ³⁹⁾ nachgewiesen hat, die allerwich-

39) Principes du Code pénal. Liv. 1. Chap. 14.

tigsten Folgesätze für das Strafrecht ableiten, zumal da unter dem Rechte zugleich auch die Rechtspflicht begriffen ist. Endlich auch nimmt es sich sonderbar aus, wenn der Gesetzgeber von einem Principe, ohne dieses selbst zu nennen, nur einen einzelnen Fall hervorhebt, und es dem Richter überläßt, sich für andere Fälle das entsprechende Princip selber abzuleiten. Eine solche Halbheit der Bestimmungen läßt sich auch noch in sonstigen Vorschriften des Kap. 4. von der Zurechnung nachweisen. So z. B. entscheidet der Art. 91. Satz 3. nicht, ob dem Thäter die Handlung zum *dolus* oder nur zur *culpa* zuzurechnen sey, wie dies der Entwurf doch sonst (z. B. Art. 94.) zu thun pflegt, und nimmt eben so wenig auf den umgekehrten Fall der Trunkenheit Rücksicht. Eben so fragmentarisch ist der Art. 94. vom Irrthum über Thatsachen, indem derselbe z. B. auf den Irrthum in der Person (*error in persona*), welcher doch entschieden auch zum *error facti* gehört, und nach der richtigen Ansicht den *dolus* nicht ausschließt, gar keine Rücksicht nimmt. Der Vf. sieht aber nicht ein, weshalb der Gesetzgeber nur hie und da, ohne erkennbare Ordnung, einzelne Fälle zur Entscheidung bringt und es den Motiven überläßt, die vorhandenen Lücken durch Belehrung auszufüllen. In diese Kategorie fällt auch die in den Motiven S. 95 enthaltene Bemerkung: „Unter der Hinwegnahme des beweglichen Eigenthums (Art. 96. Nr. 2.) ist auch der Fall der Verfolgung des entlaufenden Diebes begriffen; wie denn auch die Motive zum Baier. Strafg. zu Art. 129. Thl. 1. S. 314. sagen: man darf den entlaufenden Dieb mit einem Schusse verwunden, ihn sogar tödten, wenn es kein anderes Mittel giebt, sein gestohlenen Gut zu retten“. Dieß mögen allerdings die Motive des Baier. Strafgesetzbuches sagen. Allein sie sind keine bloßen Motive, sondern ein authentischer Commentar, welcher zudem Manches enthält, was in dem Strafgesetzbuche selbst entweder gar nicht, oder auf andere Weise enthalten ist. Und so verhält es sich auch hier, indem der gedachte Fall auf einer offenbaren Erweiterung der Nothwehr beruht, mithin im Strafgesetzbuche nicht mit Stillschweigen übergangen werden konnte. Denn die Nothwehr setzt ihrem Begriffe nach eine angefangene (bevorstehende) Verletzung voraus, und der Diebstahl ist nicht etwa bis dahin,

dafs der Dieb die gestohlene Sache in seine Gewahrsam gebracht hat oder sich auf der Flucht befindet, als blofs versuchter (angefangener) Diebstahl anzusehen, sondern er ist durch die blofse *contrectatio animo domini* consummirt. Soll daher jene Bemerkung der Motive gesetzliche Auctorität haben, so mufs sie nothwendig in den Art. 96. des Entwurfs aufgenommen werden. Denn es heisst ja dort ausdrücklich nur: „gegen Gewaltthaten,⁴⁰⁾ welche auf . . . Hinwegnahme des liegenden oder beweglichen Eigenthums gerichtet sind“, wie diefs auch ganz der Consequenz gemäfs ist, da die Nothwehr ihrem Begriffe und Wesen nach eine blofs angefangene Verletzung voraussetzt.

Die gelegentlich im Art. 99. enthaltene Bedrohung der unterlassenen Anzeige bei Verletzungen in der Nothwehr, so wie im Nothstande (Art. 100.), mit einer peinlichen Strafe hält der Vf. für eine durch nichts zu rechtfertigende Bereicherung des gemeinen Rechts, die nur auf der Auctorität des Baier. Strafgesetzbuches beruht, und dadurch allein unmöglich gerechtfertigt erscheint. Denn dafs Unterlassungen dieser Art auch nicht einmal mittelbar die Rechtsordnung gefährden, ist durch sich selbst einleuchtend, da es sich ja hier um die Anzeige von an sich rechtmäfsigen (Art. 96.) oder doch entschuldbaren Handlungen (Art. 100.) handelt, mithin die Unterlassung einer solchen Anzeige keine andere nachtheilige Folge als die Erschwerung der Freisprechung des Angeschuldigten von Seiten des Gerichts haben kann. Da nun hierunter Niemand als der unschuldig Angeschuldigte selbst leidet, so kann man ihn nicht auferdem noch dafür bestrafen, dafs er die (freilich schon durch die eigne Klugheit gebotene) Anzeige des Vorfalls bei der Obrigkeit unterlassen hat, zumal wenn man die mancherlei Gründe, die von einer solchen Selbstdenunciation abzumahlen pflegen, wie z. B. die Furcht, dafs man die Nothwehr oder den Nothstand beweisen und bis dahin im Arrest verharren müsse u. s. w., erwägt.

40) Der Ausdruck „Gewaltthaten“ paßt nicht auf alle Fälle, namentlich nicht auf den Diebstahl, und auch die Zerstörung und Beschädigung kann heimlich geschehen. Besser würde daher seyn: „gegen rechtswidrige Handlungen.“

Schliesslich glaubt der Vf. noch darauf aufmerksam machen zu sollen, dass der Entwurf sich bei der Selbstvertheidigung (Nothwehr), der Selbsthülfe und dem Nothstande genauer an die doctrinelle Terminologie hätte binden sollen, wie solches schon deshalb, um Missverständnisse zu verhüten, nöthig ist. Nach der Ueberschrift des Art. 96., verglichen mit dem Art. 189., und der Ueberschrift des Art. 96. mit der des Art. 100., werden nämlich die Begriffe Selbstvertheidigung, Selbsthülfe, und Nothfall als ganz gleichbedeutende Begriffe gebraucht, indem der Art. 189. (vgl. die Motive S. 174.) die Selbstvertheidigung (Nothwehr) zur Selbsthülfe, und zugleich nach der Ueberschrift des Art. 100. „bei anderen Nothfällen“ zu den Nothfällen zählt. Nach gemeinem Sprachgebrauche kann man nun freilich wohl die Nothwehr eine Selbsthülfe, und den Stand derselben einen Nothstand oder Nothfall nennen. Allein die Doctrin unterscheidet, und gewiss zweckmässig: 1) zwischen Nothwehr (Selbstvertheidigung) und Selbsthülfe — welche letztere wiederum in die Selbstrache und Selbsthülfe im engeren Sinne zerfällt — und zwar in der Art, dass jene eine unmittelbar bevorstehende oder angefangene, diese hingegen eine schon geschehene, mithin in der Vergangenheit liegende Verletzung voraussetzt; und sodann 2) zwischen Nothwehr und Nothstand (Nothfall) in der Art, dass jene einen rechtswidrigen Angriff von Seiten des Verletzten, dieser hingegen eine in ihren Rechten unschuldig verletzte Person voraussetzt, daher denn Verletzungen im Nothstande an sich unerlaubte Handlungen sind, die aber aus besonderen Gründen Entschuldigung vor dem Gesetze finden, wogegen Verletzungen im Stande der Nothwehr innerhalb ihrer rechtlichen Gränzen ausgeübt, an sich erlaubte und gesetzmässige Handlungen sind. Dass nun der Gesetzgeber besser daran thue, jener doctrinellen Unterscheidung als dem gemeinen Sprachgebrauche zu folgen, scheint dem Verf. nicht bezweifelt werden zu können. Weiter aber als seither geschehen auf den Nothstand (Art. 100.), so wie auf die mangelnde (äussere) Freiheit (Art. 95.) und den Irrthum über That-sachen (Art. 95.) einzugehen, dürfte überflüssig seyn, da die hierüber enthaltenen Bestimmungen in materieller Bezie-

hung keinem gegründeten Zweifel unterworfen werden können, und damit wendet sich Vf. nach der von ihm oben aufgestellten Absonderungsmethode zu dem zweiten Theile dieser Abhandlung, nämlich zu den gesetzlichen Bestimmungen über Milderung der Strafe.

ZWEITES KAPITEL.

Von den gesetzlichen Milderungsgründen.

(Zu Art. 90. u. 92. des Württ. Entwurfs.)

§. 9.

1. Ueber den Unterschied zwischen Milderungs- und Zumessungsgründen.

Es ist bereits oben (§. 1.) bemerkt worden, daß der Württ. Entwurf statt mit der Doctrin und den neueren Legislationen ein eigenes Kapitel von den Milderungs- und Schärfungsgründen der Strafe aufzustellen, es für zweckmäßiger gehalten hat, die zulässigen Milderungsgründe gelegentlich bei der Zurechnung im vierten Kapitel, und die Schärfungsgründe (wozu aber nur der Rückfall gehört) im fünften Kapitel von der Zumessung der Strafe, und zwar bei Gelegenheit des Zusammenflusses der Verbrechen (*concursum delictorum*) vorzutragen. Letzteres scheint nun aber um so bedenklicher, da gleich der erste Artikel des fünften Kapitels, nämlich der Art. 101. *verbis*: „so weit das Gesetz die Strafe unbestimmt gelassen“, deutlich ausspricht, daß die Lehre von der Zumessung der Strafe nur die sogenannte Strafminderungs- und Straferhöhungsgründe zu ihrem Gegenstande habe, wogegen der Rückfall zu den Strafschärfungsgründen gehört. Wie bekannt, unterscheidet nämlich die Doctrin, und zwar fast allgemein, zwischen Milderungs- und Minderungsgründen der Strafe auf der einen, und Schärfungs- und Erhöhungsgründen auf der anderen Seite, oder mit andern Worten, sie setzt den Milderungs- und Schärfungsgründen die Zumessungsgründe der Strafe entgegen. Diese Unterscheidung beruht in der Hauptsache auf folgenden Momenten:

1) Unter Milderungsgründen versteht die Doctrin diejenigen gesetzlich bestimmten Gründe, vermöge welcher der Richter die Befugniss hat, zum Vortheil des Angeschuldigten von der absolut bestimmten Strafe (*poena ordinaria*) abzuweichen, beziehungsweise die Strafe unter das Minimum der gesetzlich bestimmten Strafe herabzusetzen. Im Gegensatze hievon versteht man

2) unter Strafschärfungsgründen diejenigen gesetzlich bestimmten Gründe, vermöge welcher der Richter zum Nachtheil des Angeschuldigten von der ordentlichen (absolut bestimmten) Strafe des Gesetzes abweichen, beziehungsweise das Maximum der gesetzlich bestimmten Strafe überschreiten darf. Endlich

3) unter Strafminderungs- und Straferhöhungsgründen, im Gegensatze beider, versteht die Doctrin diejenigen gesetzlichen Gründe, welche der Richter bei der Anwendung von (absolut oder relativ) unbestimmten Strafgesetzen, namentlich solcher, die ein Maximum und Minimum der Strafe festsetzen, zu berücksichtigen hat, um danach dem Angeschuldigten die dem jeweiligen Grade seiner Verschuldung angemessene Strafe zuzumessen.

Die Milderungs- und Schärfungsgründe sind demnach als Ausnahmen von der Regel zu bezeichnen, da im Allgemeinen oder in der Regel der Richter an die *poena ordinaria* (ordentliche, auch vorzugsweise gesetzliche Strafe genannt) gebunden ist, d. h. weder auf eine härtere noch mildere Strafart als die im Allgemeinen (*in abstracto*) festgesetzte Strafe erkennen, noch bei unbestimmten Strafgesetzen unter das Minimum der Strafe herabgehen oder dasselbe überschreiten darf. Die Minderungs- oder Erhöhungsgründe bilden dagegen keine Ausnahmen von der Regel, sondern sind diejenigen gesetzlichen Gründe, welche der Richter in allen unbestimmten Straffällen zur Festsetzung des rechtlich verwirkten Strafquantums zu berücksichtigen hat.

In der Sache ist auch dem neuen Entwurfe diese Unterscheidung nicht fremd, wie schon aus der Vergleichung der Ueberschriften und des Inhalts des vierten und fünften Kapitels erhellt, wohl aber dem Namen nach. Gleichwohl hat noch vor Kurzem Mittermaier ⁴¹⁾ es für nöthig ge-

41) Anm. zu Feuerbachs Lehrb. §. 94. ed. 12.

halten, auf die Verschiedenheit dieser Begriffe nicht blos in materieller, sondern auch in formeller Hinsicht aufmerksam zu machen. Ja manche Rechtslehrer, wie z. B. R o f s h i r t ⁴²⁾, sind mit Feuerbach gar so weit gegangen, daß sie die Begriffe von Milderung und Schärfung für allein anwendbar auf die bestimmten Straffälle erklären, und zwar deshalb, weil bei den unbestimmten Straffällen eine ordentliche oder regelmässige Strafe, welche demgemäfs gemildert oder geschärft werden könnte, gar nicht gedacht werden könne. Allein darin gehen diese Schriftsteller offenbar zu weit, indem, wie der Vf. bereits an einem andern Orte erwiesen zu haben glaubt ⁴³⁾, jene Unterscheidung weder auf dem gemeinen Sprachgebrauche, noch auf der Natur der Sache, noch endlich auf Gründen der Nothwendigkeit beruht, weil, was namentlich den letzteren Punct betrifft, der Richter auch ohne daß der Gesetzgeber zwischen Milderungs- und Minderungsgründen u. s. w. unterscheidet, schon von sich aus wissen muß, daß die Anwendung der bestimmten und der unbestimmten Strafgesetze rücksichtlich der Quantität und Qualität der dem Uebertreter zuzuerkennenden Strafe auf verschiedenartigen Grundsätzen beruhe. Da man indess diesen Satz häufig (und zum Theil auch noch jetzt) verkannt hat, so veranlafste dieß Feuerbach in seiner Revision des peinlichen Rechts jene Begriffe genau von einander zu unterscheiden, um schon durch die Verschiedenheit ihrer Bezeichnung den Richter auf die verschiedenartige Richtung seiner Thätigkeit bei der Anwendung der bestimmten und der unbestimmten Strafgesetze aufmerksam zu machen. Und man kann dagegen mit Grund auch nichts einwenden. Jedenfalls sind es aber, wie dieß auch G ö n n e r ⁴⁴⁾ ausgeführt, und Mittermaier ⁴⁵⁾ wenigstens angedeutet hat, nicht Gründe einer inneren Nothwendigkeit, sondern nur Gründe der Zweckmässigkeit, worauf jene Unterscheidung beruht, und neuerdings

42) Entwicklung S. 43 Anm.

43) Meine Versuche Nr. 9.

44) Motive zum Baier. Entw. S. 239.

45) a. a. O.

haben auch andere Rechtslehrer ⁴⁶⁾ mit dem Vf. ⁴⁷⁾ anerkannt, daß nicht bloß die bestimmten, sondern auch die unbestimmten Straffälle eine ordentliche oder regelmäßige Strafe zulassen. Letzteres ist namentlich auch von den Motiven zum Württemb. Entw. S. 61 a. E. ausdrücklich ausgesprochen, nur daß sie Milderungs- und Schärfungsgründe das nennen, was nach dem Obigen Minderungs- und Erhöhungsgründe genannt werden sollte. Fragt man nun aber, ob es nicht wünschenswerth gewesen wäre, daß auch der Entwurf und die Motive jene Terminologie anerkannt hätten, da sie in sich zweckmässig ist und auch die neueren Legislationen sich ihrer fast einstimmig bedienen, um die eigentlichen Milderungsgründe von den Zumessungsgründen innerhalb bestimmter Gränzen zu unterscheiden ⁴⁸⁾: so ist dies eine Frage, welche mit einer anderen formellen Frage zusammenhängt, nämlich mit der Frage, ob nicht der Entwurf nach dem Vorbilde der Doctrin und aller neueren Legislationen die Milderungs- und Schärfungsgründe getrennt von der Zurechnung (Kap. 4.) und den Zumessungsgründen der Strafe (Kap. 5.) hätte behandeln sollen? Und diese Frage glaubt der Vf. aus den bereits oben entwickelten Gründen nicht bloß in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht bejahen zu sollen. Denn bei diesem Systeme des bloß gelegentlichen Einschaltens der Milderungsgründe konnte der Entwurf nicht mehr als zwei spärliche Milderungsgründe anerkennen, und spärlicher ist seither wohl keine neuere Legislation in dieser Beziehung bedacht worden.

§. 44. 10.

3. Theorie der Milderungsgründe nach den neueren Legislationen.

Der neue Entwurf anerkennt nämlich nur zwei allgemeine, d. h. auf alle Verbrechen sich beziehende Milderungsgründe (*causae mitigandi communes*), nämlich: 1) Jugend des Thäters, und zwar auch nur innerhalb der Zeit vom

46) Z. B. Abegg im N. Arch. des Crim. Rechts Bd. 14. S. 176. Wächter Abhandl. Thl. 1. S. 258. Vgl. auch Falk Encyklopädie §. 129. Anm. 80.

47) a. a. O.

48) Rosshirt Zeitsch. für Civil- und Crim. Recht Bd. 1. H. 3. S. 304.

zurückgelegten zehnten bis vor zurückgelegtem sechzehnten Jahre, wo statt der Todes- oder lebenslänglichen Zuchthausstrafe auf 5 — 15jähriges Zuchthaus erkannt, und jede zeitliche Freiheitsstrafe bis zur Hälfte (also auch unter das Minimum) der gesetzlich verwirkten Dauer herabgesetzt werden soll. (Art. 90. Nr. 1.) Auch enthält der Art. 90. Nr. 2. noch die Bestimmung, daß jene Strafen zwar in den ordentlichen Strafanstalten, jedoch in abgesonderten Räumen und ohne die daran geknüpften ehrenrührigen Folgen vollzogen werden sollen. 2) Wenn sich bei dem Thäter zwar kein völliger Mangel des Vernunftgebrauchs, aber ein so hoher Grad von Blödsinn oder Verstandesschwäche zeigt, daß die gesetzliche Strafe auch in ihrem geringsten Maasse im Mißverhältnisse mit der Verschuldung stehen würde, so sollen die Gerichte die Strafe unter diesem Maasse festsetzen, und wenn dieß innerhalb derselben Strafart nicht möglich ist, auf die zunächst folgende niedrigere Strafart absteigen, endlich bei todeswürdigen Verbrechen solchenfalls auf zeitliches Zuchthaus erkennen. (Art. 92.)

Diese beiden Milderungsgründe knüpfen sich im Kapitel von der Zurechnung gelegentlich an das jugendliche Alter (Art. 89.) und den mangelnden Vernunftgebrauch (Art. 91.) als Aufhebungsgründe der Zurechnung.

Es giebt nun aber in doctrineller und legislativer Hinsicht nicht leicht eine größere Verschiedenheit der Ansichten als über die Zahl und den Umfang der gesetzlich anzuerkennenden Milderungsgründe, d. h. derjenigen Gründe, welche den Richter auctorisiren zum Vortheil des Angeschuldigten von der *poena ordinaria* abzuweichen, beziehungsweise unter das Minimum der gesetzlich bestimmten Strafe herabzugehen. Dieses kurz auszuführen hält der Verf. für nöthig, um in legislativer Hinsicht einen Ueberblick über den eigentlichen *status controversiae* zu gewinnen, und zugleich um darzuthun, daß die Lehre von den Milderungsgründen vom legislativen Standpunkte aus keineswegs abgeschlossen sondern erst im Werden begriffen sey, dieselbe mithin auch dem Württembergischen Gesetzgeber Veranlassung geben könnte, in dieser Hinsicht etwas weiter zu gehen als er wirklich gegangen ist. Dann könnte aber freilich ihres größeren Umfanges und verschiedenen Inhalts wegen

die Lehre von den Milderungsgründen nicht mehr bloß gelegentlich mit der Lehre von der Zurechnung verbunden werden.

Das Baier. Strafgesetzbuch Art. 98 sq. anerkennt vier allgemeine Milderungsgründe, nämlich: 1) Jugend des Uebertreters, 2) hohes Alter, 3) unverschuldet erlittenes langwieriges Gefängniß, und 4) Mangel am Thatbestande und an anderen Voraussetzungen der gesetzlichen Strafe. Von diesen vier Milderungsgründen hat der ältere Württ. Strafgesetzes-Entwurf vom J. 1823 nur die drei ersten anerkannt, den letzten hingegen weggelassen, und gewiß mit allem Rechte. Denn abgesehen von sonstigen Einwendungen, so läßt sich das Verhältniß der Merkmale eines Verbrechens zu einander und zur gesetzlichen Strafe nicht in der Art bestimmen um daraus eine Art Rechenexempel zu bilden, z. B. so: sechs Merkinale werden zum Thatbestande und daher zur *poena ordinaria* des Kindermordes erfordert, wie viel Strafe geben daher fünf oder vier dieser Merkmale? Neuerdings findet sich auch nicht leicht Jemand, welcher diesen sogen. Milderungsgrund vom legislativen Standpunkte oder vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus zu rechtfertigen unternähme. Er ist eine eben nicht glückliche Erfindung Feuerbach's.

Der ursprüngliche Hannov. Entwurf Art. 112 sq. anerkennt der Zahl nach eben so viele, aber dem Inhalte nach zum Theil verschiedene Milderungsgründe wie das Baier. Strafgesetzbuch, nämlich folgende vier: 1) Jugend, 2) hohes Alter, 3) unverschuldete langwierige Haft, und 4) das Zusammentreffen vieler und wichtiger mildernder Umstände bei einem Verbrechen. Der revidirte Hann. Entwurf hat dagegen von diesen Milderungsgründen den vierten (auch in den Stübel'schen Entw. eines Strafg. für das Königr. Sachsen Art. 248. aufgenommenen) Milderungsgrund gestrichen, und demselben, wie bereits früher im Baierisch. Strafgesetzb. Art. 96. geschehen, „den Antrag auf Milderung aus Gnade an das Kabinetsministerium“ substituirt.

Der jüngste Baier. Entwurf vom J. 1831 enthält, abweichend vom Baier. Strafgesetzbuche, zwei neue Milderungsgründe, nämlich: 1) Mangel am Thatbestande wegen Nichtbeobachtung einer gesetzlich vorgeschriebenen wesentli-

chen Förmlichkeit (Art. 104., anstatt des Art. 106. des Strafgesetzbuches), was aber eine fast noch mehr verfehlte Idee ist, als der Mangel am Thatbestande im Sinne des Art. 106 des Baier. Strafgesetzbuches ⁴⁹⁾; und 2) niederen Grad derjenigen Zustände, welche in ihrer höchsten Wirksamkeit die Zurechnung aufheben, wie z. B. niederer Grad des Blödsinns, unverschuldete Halbtrunkenheit, u. s. w. (Art. 82.) Diesen letzteren, auch der Theorie des gemeinen Rechts nicht fremden, jedoch bestrittenen Milderungsgrund hat denn auch der neue Württ. Entwurf anerkannt, und neben demselben nur die Jugend des Thäters als Milderungsgrund sanktionirt. Verworfen sind daher von ihm: 1) hohes Alter, gewiss deshalb, weil der Entwurf weder Kettenstrafe (worauf sich dieser Milderungsgrund nach dem Baier. Strafgesetzbuche Art. 103. beschränkt), noch einen Zwang zu öffentlichen Arbeiten bei der Zuchthausstrafe (Hannov. Entw. Art. 118.) anerkennt; ferner 2) unverschuldet erlittenen langwierigen Arrest, indem der Entwurf diesen allgemein anerkannten Milderungsgrund, der sich aber freilich in das Kapitel von der Zurechnung nicht wohl einschieben liefs, zu einem blofsen Strafminderungsgrunde herabgesetzt hat (Art. 107.); ferner 3) den Mangel am Thatbestande, sowohl im Sinne des Baier. Strafges. Art. 106., als im Sinne des Baier. Entwurfs vom Jahr 1831, beides mit Recht; endlich 4) gleichfalls mit Recht, das Zusammentreffen vieler und wichtiger mildernder Gründe im Sinne des Art. 112. des ursprünglichen Hannov. Entwurfs und des Art. 248. des Stübel'schen Entwurfs für das Königreich Sachsen.

Bei der hohen Wichtigkeit und Schwierigkeit dieser Lehre will der Vf. schliesslich noch einen Blick auf das, von dem Entwurfe und dessen Motiven sonst mehrfach berücksichtigte Französische Strafgesetzbuch werfen, und damit die seitherige Parallele schliessen. Der *Code pénal* Art. 463. gestattet nämlich dem Richter in correctionellen Straffällen unter das Minimum der gesetzlichen Strafe herabzugehen, wenn besondere Milderungsgründe vorhanden sind. Weiter geht das Gesetz vom 24. Juli 1824, welches

49) Mittermaier im N. Arch. des Crim. Rechts Bd. 14. S. 289. vgl. mit S. 276 Anm. 8.

den Richter auch bei einigen Verbrechen (*crimes*) auctorisirt von der absolut bestimmten Strafe (*poena ordinaria*) abzuweichen, und noch weiter ist das bekannte, die Verbesserung der Strafgesetze betreffende Gesetz vom 28. April 1832 gegangen, indem es den Geschwornen die Befugniss einräumt, bei Anklagen von Kapitalverbrechen jeder Art das „Schuldig“ durch den Zusatz „aber unter Milderungsgründen“ zu modificiren, wodurch denn der Gerichtshof genöthigt wird, auf eine andere Strafe als die Todesstrafe zu erkennen.

11
§. 10.

3. Von dem Zusammentreffen vieler und wichtiger mildernder Umstände.

Prüft man nun zuerst die Bestimmungen des neuen Württ. Entwurfs nach dem Maassstabe der neueren Legislationen und Entwürfe ⁵⁰⁾, so fragt es sich vorerst und vor allen Dingen, ob nicht der neue Entwurf nach dem Vorgange der Französischen Strafgesetzgebung, so wie des Art. 112. des ursprünglichen Hannov. Entwurfs, des Art. 248. des Sächs. Entwurfs von Stübel, des Art. 98. des früheren Württ. Entw. vom J. 1823, des Luzerner Entwurfs Art. 81. und des Entw. eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Belgien vom J. 1834, das Zusammentreffen vieler und wichtiger mildernder Umstände als allgemeinen Milderungsgrund hätte anerkennen können und sollen? Auf der einen Seite haben sich neuerdings Bauer und Mittermaier für, auf der anderen hingegen Oersted, Pfizer, Trummer, Gönner, Wächter und andere Schriftsteller gegen diesen Milderungsgrund in legislativer Hinsicht erklärt ⁵¹⁾, und gegenwärtig scheint auch Mittermaier selbst ⁵²⁾ diesen von ihm seither so lebhaft vertheidigten Milderungsgrund unter gewissen Voraussetzungen wieder aufgegeben zu haben. Ganz entschieden haben sich auch

⁵⁰⁾ Von dem andern, hievon unabhängigen Maassstabe wird weiter unten die Rede seyn.

⁵¹⁾ S. die Litt. in meinem Programm über die Todesstrafe Anm. 137. und dazu noch Wächter Abhandl. aus dem Strafrechte Thl. 1. S. 256. Anm. 18.

⁵²⁾ Im Arch. des Crim. Rechts 1835. S. 546.

die Motive zum Württembergischen Entwürfe gegen denselben erklärt, und zwar vorerst S. 46 Nr. 6. in Beziehung auf versuchte Verbrechen theils aus dem Grunde, weil dem strafbaren Versuch durch den neuen Entwurf engere Grenzen gesteckt seyen, indem bloße Vorbereitungshandlungen zu einem Verbrechen, die allerdings einen größeren Spielraum in den Strafbestimmungen erfordert hätten (worauf also der Entwurf jedenfalls bei den ausnahmsweise strafbaren Vorbereitungshandlungen hätte Rücksicht nehmen sollen, aber nicht genommen hat!), als strafbare Handlungen hinwegfielen ⁵³⁾; theils weil nur durch eine solche Beschränkung der richterlichen Willkür Gleichförmigkeit in die gerichtlichen Urtheile, welche die Gerechtigkeit fordere, gebracht werden könne. Sodann wird noch S. 62 in Beziehung auf vollendete Verbrechen bemerkt: „In allen anderen Fällen (d. h. abgesehen von den Bestimmungen der Art. 90 u. 92.), in welchen die gesetzliche Strafe eines Verbrechens oder Vergehens wegen außerordentlicher Milderungsgründe, welche kein Gesetz vollständig aufzählen kann, nach der Ansicht des Gerichts mit der Verschuldung nicht im Verhältniß stehen würde, hat man nicht für gerathen gefunden, ein Absteigen unter die gesetzliche Strafe (d. h. unter die *poena ordinaria*, beziehungsweise unter das Minimum der gesetzlich bestimmten Freiheitsstrafe) zu gestatten, weil dadurch das Ansehn des Gesetzes untergraben und der Richter über dasselbe gestellt würde. In dergleichen seltenen Fällen ist der Richter verbunden, das Urtheil vor der Vollziehung zum Behufe der Milderung im Gnadenwege vorzulegen.“

Gegen diese Gründe könnten die Vertheidiger der entgegengesetzten Theorie folgendes einzuwenden haben. Was vorerst das versuchte Verbrechen betreffe, so sey nicht wohl einzusehen, weshalb nur der entfernte Versuch (*conatus remōtus*) — den übrigens der neue Entwurf in der Regel für straffrei erklärt — und nicht auch die übrigen Stufen des Versuchs „einen größeren Spielraum“ in den Strafbestimmungen, und daher eine Berücksichtigung des gedach-

⁵³⁾ Der Vf. hat sich hierüber im Arch. des Crim. Rechts Jahrg. 1836. Heft 2., welches nächstens im Druck erscheinen wird, ausführlich ausgesprochen.

ten Milderungsgrundes erfordern sollten. Auch könne unter der „nothwendigen Gleichförmigkeit der Erkenntnisse, welche die Gerechtigkeit fordere“, unmöglich eine der Idee der Gerechtigkeit widersprechende bloß formelle Gleichheit der Strafurtheile verstanden werden, und wenn, wie nicht anders möglich, die wirkliche (materielle), d. h. verhältnismäßige oder nach Maaßgabe der Verschuldung proportionirte Gleichheit der Straferkenntnisse gemeint sey, so könne dem Regenten unmöglich das Recht eingeräumt werden, dieselbe durch Begnadigung zu zerstören und dadurch die Auctorität des Strafgesetzes zu untergraben. Was endlich die übrigen Gründe der Motive betreffe, so könne der Gesetzgeber, um Mißbräuche zu verhüten, den Richter ja nur auf die gesetzlich anerkannten Milderungsgründe der Strafe (Art. 104. des Entw.) verweisen, oder ihn auf sonstige Weise (wie z. B. nach dem Art. 112. des ursprünglichen Hannov. Entwurfs) beschränken. Eben so wenig könne mit Grund behauptet werden, daß wenn das Gesetz selbst einen solchen Milderungsgrund anerkenne, der Richter über das Gesetz gestellt werde, indem er sich dann ja nur innerhalb der Schranken des Gesetzes bewege; noch sey es eine gegründete Behauptung, daß Fälle, in welchen die *poena ordinaria*, beziehungsweise das Minimum der Strafe mit der Verschuldung im Mißverhältnisse ständen, zu den seltenen Fällen gehören würden. Vielmehr enthalte der Entwurf (und dieser Ansicht ist auch der Vf.) sehr viele absolut und relativ bestimmte Androhungen (z. B. Todesstrafe, lebenslängliche Zuchthausstrafe, temporäre Zuchthausstrafe, Arbeitshausstrafe, Dienstentlassung, Verlust der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte etc.); und gleicherweise sey auch das Minimum der Strafe in vielen Fällen zu hoch gegriffen, wovon denn die Folge seyn werde, daß der Gesetzgeber weit öfter wie nach dem bisherigen Rechte zur Ausübung der Begnadigung genöthigt seyn werde, wie die Erfahrung nach der Einführung des neuen Entwurfs sehr bald ergeben dürfte.

Allerdings ist das Gewicht dieser und anderer für jenen Milderungsgrund geltend gemachten Gründe nicht zu verkennen. Gleichwohl glaubt der Vf., daß vom legislativen Standpunkte aus derselbe nicht zu billigen sey, will

jedoch die Gründe, die er bereits anderswo ⁵⁴⁾ für diese Ansicht ausgesprochen hat, hier nicht nochmals wiederholen. Nur freilich setzt die Verwerfung dieses Milderungsgrundes voraus, daß absolut und relativ bestimmte Strafen möglichst selten angedroht seyen, und daß das Minimum bei relativ unbestimmten Strafen nicht zu hoch gegriffen sey. Ist diese Voraussetzung vorhanden (was aber von dem neuen Entwurfe nicht unbedingt behauptet werden kann), so erscheinen alsdann die angeführten Gründe der Motive in einem ganz anderen Lichte, und schliessen alle jene Einwendungen in der Hauptsache aus. Die jüngst vielfach geltend gemachte Auctorität des Französischen Gesetzes vom 28. April 1832 kann dagegen der Vf. auf dem Gebiete dieser Streitfrage nicht als eine eigentliche Auctorität anerkennen, da jenes Gesetz sein Daseyn eben so sehr der unverhältnißmäßigen Strenge des *Code pénal* als den unverantwortlichen Mißbräuchen der französischen Jury verdankt ⁵⁵⁾, mithin auf Verhältnissen und Voraussetzungen gegründet ist, die nicht die unsrigen sind. Zudem ist das Gesetz in sich verfehlt, indem es den Unterschied zwischen dem Richter der That und dem Richter des Rechts zerstört und jenem mehr Rechte einräumt, als seither diesem zustanden, und statt die Grundgebrechen des *Code pénal* (wozu namentlich die Gleichstellung des Conats mit der Vollendung und der Gehülfen mit dem Urheber in Ansehung der Strafbarkeit gehört) bei ihrer Wurzel aufzuheben, sich damit begnügt, der Jury ein allgemeines Milderungsrecht nachzulassen, welches die bisherigen Mißbräuche der Jury recht eigentlich legalisirt. Zu vergleichen sind hier übrigens noch die Verhandlungen in den Hannov. Kammern vom J. 1835 im Arch. des Crim. Rechts Jahrg. 1835 S. 450 u. 458 sq.

§. 12.

4. Von der Jugend und der verminderten Zurechnung.

Wendet man sich nunmehr zu den von dem neuen Entwurfe anerkannten Milderungsgründen der Strafe, so

54) Meine Vergleichung des ursp. Hann. Entw. mit dem revidirten Entw. S. 21—28 u. meine Nutzungs- und Gerechtigkeitsst. des Auslandes §. 119—29.

55) Mein Progr. über die Todesstr. S. 14 vgl. mit S. 6.

sind dieselben so weit sie hier anerkannt sind, allerdings zu billigen. Allein es lassen sich hier doch einige nicht unbedeutliche Lücken, und zwar schon nach dem Mafsstabe anderer Legislationen (§. 10.), nachweisen. Zu den anerkannten Milderungsgründen gehören nämlich nur folgende zwei:

1) Die Jugend des Thäters, Art. 90. Die Bestimmungen hierüber zeichnen sich durch gerechte Milde und Humanität aus. Namentlich ist die anderen Legislationen fremde Bestimmung hervorzuheben, daß die an gewisse Strafarten geknüpften „ehrenrührigen Folgen“⁵⁶⁾ den jugendlichen Thäter bis zu einem gewissen Alter nicht treffen sollen. Diefs ist aber auch der alleinige Fall, in welchem der Entwurf die *infamia* als Folge einer gewissen Straftat erläßt; allein darin hätte er offenbar noch weiter gehen sollen⁵⁷⁾. Auch vermißt man ungern die Bestimmung des Römischen Rechts, daß die Minderjährigkeit bei culposen Vergehen und solchen, die in jugendlichem Leichtsinne ihren Grund hatten, als Milderungsgrund anzuerkennen sey.

2) Niederer Grad von Blödsinn oder Verstandesschwäche und dadurch verminderte Zurechnung. (Art. 92.) Dieser Milderungsgrund soll nach Mittermaier⁵⁸⁾ schon im gemeinen Rechte vorkommen, indem er auf den Art. 179. der P. G. O. und auf die übereinstimmende Ansicht von Martin, Bauer, Wächter⁵⁹⁾, Heffter und Rosshirt verweist, denen auch noch Jarcke⁶⁰⁾ und andere Schriftsteller beigelegt werden können. Allein dies dürfte mit Feuerbach⁶¹⁾ und Wächter⁶²⁾ wohl zu bezweifeln seyn, da der Art. 179. der P. G. O. *verbis*: „nach Umständen ge-

56) Der Ausdruck „ehrenrührig“ dürfte wohl unpassend seyn.

57) Vgl. des Vfs. Schrift: Das Strafsystem des neuen Württ. Entw. Heidelberg 1836.

58) Anm. zu Feuerb. Lehrb. §. 94. S. 101. Vgl. auch N. Arch. des Crim. Rechts Bd. 4. S. 423, jedoch dagegen S. 660.

59) Allein s. dagegen Wächter's Abhandlungen Th. 1. S. 259 Anm.

60) Handb. Th. 1. S. 327—28.

61) Lehrb. §. 100. Anm. g der 9ten Ausg., wo er sich entschiedener dagegen erklärt, wie in der letzten von ihm selbst besorgten Ausgabe.

62) Anm. 59. cit. Dieser unterscheidet nämlich mit Recht Milderungs- und Zumessungs- (Minderungs-) Gründe.

handelt oder gestraft werden" nur aussagt, daß der Angeschuldigte entweder wegen mangelnder Zurechnung freizusprechen, oder, wenn Zurechnung Statt finde, zu bestrafen sey, ohne dabei von einer Abweichung von der *poena ordinaria* zu Gunsten desselben zu reden. Gleichwohl geben die gedachten Schriftsteller ein sehr gewichtiges Zeugniß für das Vorhandenseyn einer solchen gemeinrechtlichen Theorie, und es ist gleichfalls nicht zu verkennen, daß jener Milderungsgrund zum Theil auch in der gemeinrechtlichen Praxis als zulässiger Milderungsgrund anerkannt ist ⁶³), so daß es sich hier also (zur Beruhigung der Gegner von Neuerungen) nicht um eine legislative Nenerung, sondern vielmehr um die gesetzliche Anerkennung eines in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis streitigen oder zweifelhaften Satzes handelt. Auch findet sich jener Milderungsgrund bereits in mehreren neueren Entwürfen (in andern freilich nicht) anerkannt, wie z. B. in dem Baier. Entwurfe vom J. 1822 Art. 86., in dem Entw. eines Strafges. für Sachsen-Weimar vom J. 1822. Art. 97. ⁶⁴), und in dem jüngsten Baier. Entw. vom J. 1831. Art. 82. ⁶⁵), nur freilich in verschiedener Fassung; und auch Gönner ⁶⁶), Mittermaier ⁶⁷) und andere Schriftsteller haben mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß durch Anerkennung dieses Milderungsgrundes eine wesentliche Lücke in der Strafgesetzgebung ausgefüllt werde, und daß die bloße Furcht vor einem Mißbrauche dieses Milderungsrechts kein genügender Grund sey, um eine erkennbare Lücke in der Strafgesetzgebung unausgefüllt zu lassen, und den Regenten mit ewigen Gesuchen um Begnadigung zu belästigen. Dahin haben sich auch die Motive zum Art. 92. des Entw. S. 59 a. E. und S. 94 ausgesprochen. Nur bietet der Art. 92. des Entwurfs rücksichtlich seiner Fassung einige Zweifel dar. Die Ansicht der gedachten Schriftsteller der gemeinrechtlichen Theorie, so wie der Baierischen und Sächsischen

63) Z. B. Hitzig's Annalen H. 15. S. 272. Bd. 14. S. 92.

64) Vgl. N. Arch. des Cr. Rechts Bd. 6. S. 380 sq.

65) Vgl. N. Arch. Bd. 14. S. 288.

66) Motive S. 132 sq.

67) Anm. 64 u. 65 cit., und sonst öfter.

Entwürfe geht nämlich übereinstimmend dahin, daß alle diejenigen psychischen Zustände, welche in ihrer höchsten Wirksamkeit die Zurechnung aufheben, wie z. B. völliger Blödsinn, volle Melancholie, unverschuldete höchste Trunkenheit, höchster gerechter Zorn u. s. w., wenn sie in einem geringeren, jedoch noch immer beträchtlichen Grade einwirkten, die Zurechnung zur Schuld und zur Strafe in der Art vermindern, daß die Zuerkennung der *poena ordinaria* oder des Minimum's der festgesetzten Freiheitsstrafe außer allem Verhältnisse mit der Verschuldung seyn würde, und daß daher jene Zustände (welche man vielleicht mit dem Namen der halbgebundenen Seelenzustände bezeichnen könnte) gesetzlich als Milderungsgrund anzuerkennen seyen. Der Art. 92. setzt dagegen „den völligen Mangel des Vernunftgebrauchs (die Unfreiheit)“ einem „so hohen Grade von Blödsinn oder Verstandesschwäche“ entgegen, daß nach diesem Gegensatze zwischen mangelndem Vernunftgebrauch und Verstandesschwäche (als gleichbedeutend mit Blödsinn) zu schließen, nur niederer Grad von Blödsinn die Strafbarkeit zu vermindern scheint. Allein dies dürfte schwerlich die Ansicht des Entwurfs seyn, und daher scheint zur Verhütung von Mißverständnissen folgende Redaction den Vorzug zu verdienen: „wird eine gesetzwidrige Handlung in einem solchen Zustande begangen, welcher zwar den Vernunftgebrauch nicht völlig aufhebt (Art. 91.), jedoch in einem so hohen Grade beschränkt, daß u. s. w.“ Denn auf diese Weise erhält der Art. 92. einen Bezug auf alle die Zurechnung aufhebenden psychischen Zustände.

§. 13.

5. Von unverschuldet erlittenen Uebeln des Verbrechers.

Weitere Milderungsgründe anerkennt der Entwurf nicht, indem er den unverschuldeten Arrest gegen die gemeinrechtliche Theorie und Praxis, und gegen die übereinstimmende Ansicht der mehrsten neueren Legislationen in das Kapitel von den Zummessungsgründen verweist, mithin zu einem bloßen Milderungsgrunde der Strafe herabgesetzt hat. Nach dem Art. 107. des Entwurfs soll nämlich der unverschuldet erlittene Arrest nur zu einer Abrechnung der zuzuerkennenden zeitlichen Freiheitsstrafe (und

wie die Motive S. 102 bemerken, nach Analogie des Art. 43. des Entw. auch der zuzuerkennenden Geldstrafe), in keinem Falle aber zu einer Abänderung der gesetzlich verwirkten Strafart, noch deren gesetzlichen Folgen (*infamia*) führen; kurz er soll kein Milderungsgrund der Strafe seyn. Allein man fragt mit Recht, was denn den Entwurf zu diesem Systeme einer größeren Strenge bestimmt habe, und sieht sich vergebens nach eigentlichen Gründen für diese Abweichung vom gemeinen Rechte und der Mehrzahl der neueren Legislationen um. Streng genommen kann man hier nämlich weder von einem Milderungs- noch Minderungsgrunde der Strafe reden, sondern es reducirt sich dieser controverse Punct vielmehr auf den Grundsatz, daß die Staatsgewalt von Rechtswegen verpflichtet sey, alle unverschuldeten Leiden, welche sie selbst oder durch ihre Beamte einem Angeschuldigten in Beziehung auf seine Uebertretung zugefügt hat, so viel wie möglich wieder gut zu machen; daher man denn statt von einem Milderungs- oder Minderungsgrunde der Strafe vielmehr von der Compensation eines Leidens mit einem anderen reden sollte ⁶⁸⁾. Nach diesem Grundsatz eignet sich nicht blos der unverschuldet erlittene Arrest zu einer Compensation mit der Strafe, sondern auch unverschuldete Leiden anderer Art ⁶⁹⁾, wie z. B. barbarische Behandlung des Angeschuldigten durch den Untersuchungsrichter oder den Gefangenwärter, beträchtliche Verzögerungen des Endurtheils durch Nullitätsfehler, durch offenbare Cabinetsjustiz u. s. w., und zwar in den zuletzt gedachten Fällen auch dann, wenn der Angeschuldigte sich nicht im Sicherungsarreste befand, weil schon die ungesetzliche Verlängerung des Inquisiten-Standes sehr bedeutende Nachtheile zur Folge hat, und letztere eben so gewiß wie der unschuldig erlittene Arrest mit der zuzuerkennenden Strafe compensirt werden können und sollen ⁷⁰⁾. Nur bei einem Verbrechen, welches lebenslängliche Freiheitsstrafe zur Folge hat, würden diese und andere Um-

68) Abegg im N. Arch. des Crim. Rechts Bd. 14. Nr. 10.

69) Feuerbach Lehrb. §. 99. Kleinschrod Entw. eines Strafgesetzbuches §. 317 — 19. Mittermaier Anm. 1. zu Feuerbach l. c.

70) Die L. 25. D. de poenis spricht auch nicht von bloßer Verlängerung der Haft, sondern der Criminaluntersuchung (*reatus*) überhaupt.

stände nicht berücksichtigt werden können, theils weil der Delinquent die verlängerte Sicherungshaft jedenfalls im Strafgefängnisse hätte absitzen müssen, theils weil hier die Möglichkeit einer jeden Compensation aus dem Grunde hinwegfällt, weil der Richter, um dem Delinquenten einen verhältnismässigen Abzug von der lebenslänglichen Freiheitsberaubung zu machen, zum Voraus wissen müßte, wie lange derselbe am Leben bleiben werde ⁷¹⁾. Allein hier muß sich der Gesetzgeber mit dem Satze: *impossibilium nulla datur obligatio* trösten, und es ist daher (sonstiger Gründe nicht zu gedenken) auch kein Schluss von der lebenslänglichen Freiheitsstrafe auf die Todesstrafe, wie solchen z. B. Rofshirt ⁷²⁾ gemacht hat, zulässig. Schon nach gemeinem Rechte dürfte vielmehr, wie dies kürzlich auch Feuerbach ⁷³⁾, Mittermaier ⁷⁴⁾ und Heffter ⁷⁵⁾ anerkannt haben, auch bei der Todesstrafe jene Compensation rechtlich zulässig seyn. Denn nicht nur spricht die L. 25 *D. de poenis* (48. 17.) den allgemeinen Satz aus, daß diejenigen, welche sich lange Zeit unverschuldet in einer Criminaluntersuchung (*reatus*) befunden haben, dafür auf Milderung der Strafe Anspruch haben, sondern es spricht die L. 25 *Cod. de poenis* (9. 47.) sogar den gänzlichen Erlass der Strafe des Exils aus, wenn der Angeklagte die volle Zeit desselben im Sicherungsgefängnisse zugebracht habe, compensirt mithin zwei ungleiche Uebel, Freiheitsberaubung und Exil, mit einander, mit dem Zusatze: *sit satis immensorum cruciatuum semel huisse supplicia*. Hiemit übereinstimmend ist auch in L. 13 §. 7. *de his qui notantur infamia* (3. 2) und in L. 10 §. 2. *D. de poenis* (48. 19.) ausgesprochen, daß demjenigen, welchen der Richter wegen eines infamirenden Vergehens mit einer härteren als der gesetzlichen Strafe belegt habe, im Wege der Compensation die *infamia* erlassen seyn solle. Also auch hier eine Compensation zweier ungleichen Uebel mit

71) Ueber Kleinschrod's sonderbaren Vermittelungsversuch s. Feuerbach Kritik des Kleinsch. Entw. Thl. 2. S. 307.

72) Entw. der Grunds. des Strafrechts S. 85.

73) Lehrbuch §. 99. Anm. c.

74) Zu Feuerb. Lehrb. §. 99. Anm. 1.

75) Lehrb. S. 176.

einander! Und was hindert uns, daß wir diese Sätze analog auch auf die Todesstrafe anwenden? Denn spricht das Römische Recht nicht damit den allgemeinen Grundsatz aus, daß in Straffällen das durch Ungerechtigkeit der Beamten gestörte Rechtsverhältniß auf jede zulässige Weise, selbst durch [gänzlichen Erlaß der verwirkten Strafe (des Exils, der *infamia*), wieder gut gemacht werden solle? Hält man dieses Princip fest, so braucht man sich auf die, ohnehin keine allgemeine Entscheidung zulassende, sondern nach der Individualität des Subjects verschieden zu beantwortende Frage: ob der durch Justizverzögerung herbeigeführte Aufschub dem Kapitalverbrecher eine Wohlthat oder vielmehr ein doppelter Tod sey (wie jenes z. B. Rosshirt und Bauer, dieses Mittermaier und Andere behaupten), gar nicht einzulassen, weil diese ganze Streitfrage verrückt, und es hier einzig und allein auf die Anerkennung des obigen Principes ankommen kann. Erwägt man nun, daß Fälle vorkommen können und wirklich vorgekommen sind, wo die Untersuchung gegen einen Kapitalverbrecher neun volle Jahre währte (wie dem Vf. ein solcher Fall aus sächsischen Criminalacten vom J. 1830 bekannt ist), oder wo der Verbrecher wegen fortwährender unheilbarer Nullitäten viermal zum Tode verurtheilt werden mußte (wie ein Fall der Art in Hitzig's Zeitschr. Bd. 3. S. 59 mitgetheilt ist): so dürfte schon das gesunde Gefühl Anstoß daran nehmen, wenn der Richter nichts desto weniger die Todesstrafe gegen den Verbrecher aussprechen sollte. Daher hat denn auch das Baier. Strafgesetzbuch auf diese, selbst bei einer im Allgemeinen gut geordneten Strafrechtspflege keineswegs unmöglichen Fälle wohlweislich Rücksicht genommen, indem es im Art. 105. festsetzt, daß wenn der ungebührlich erlittene Arrest zwei Jahre oder mehr betrage, alsdann die Todesstrafe in Kettenstrafe, beziehungsweise Zuchthausstrafe auf unbestimmte Zeit zu verändern sey. Will man sich hier mit Bauer⁷⁶⁾ darauf berufen, daß ein solcher Fall bei einer gehörigen Justizpflege nicht wohl möglich sey, so macht man damit der Justizpflege seines Staats zwar ein wohlklingendes Compliment; allein Zeit und Umstände können sich

76) Anm. zum Hann. Entw. Th. 1. S. 590.

ändern, und auch hierauf soll der Gesetzgeber Bedacht nehmen, weil für wechselnde Zeiten und Umstände ein festes Strafgesetzbuch Noth thut, und dasselbe überhaupt nicht bloß für die Gegenwart bestimmt seyn kann. Noch weiter als Bauer geht übrigens Feuerbach, indem er vom legislativen Standpunkte aus ⁷⁷⁾ sich sogar gegen die Einrechnung des unverschuldeten Arrestes in die verwirkte Freiheitsstrafe erklärt, weil, wenn gehörige Anstalten getroffen seyen, kluge Proceßgesetze beständen und nöthige Aufsicht gehalten werde, es leicht zu verhüten sey, daß Beamte ihre Gefangenen über die Gebühr im Gefängnisse schmachten ließen, und sollte es nichts desto weniger geschehen, so habe der Staat nur Grund, den gesetzwidrig handelnden Beamten zu strafen, nicht aber dem Verbrecher deshalb einen Theil der Strafe zu schenken, weil ein Anderer an dem Verbrecher sich ebenfalls einer Missethat schuldig gemacht habe. Allein zu diesem Extreme ist, so viel dem Vf. bekannt ist, außer Feuerbach kein sonstiger Schriftsteller gelangt, und es ist ganz offenbar, daß Feuerbach das hier allein entscheidende Princip verkannt hat ⁷⁸⁾. Man kann immerhin das vollste Vertrauen in die Strafjustiz seines Staats setzen, und gleichwohl dem Gesetzgeber dringend anempfehlen, daß er die von ihm im Art. 92. des Entwurfs nur theilweise anerkannte Compensation unverschuldeter Leiden mit der Strafe vollständig anerkennen möge, weil die Staatsgewalt unmöglich alle auf Beamtenwillkür beruhenden Ungerechtigkeiten verhüten kann, und was in Zeiten des Friedens und der inneren Ruhe selten oder gar nicht geschieht, zu anderen Zeiten und unter anderen Umständen geschehen kann.

Da übrigens Ungerechtigkeiten der gedachten Art nicht bloß von Seiten des Untersuchungsrichters ⁷⁹⁾ und solcher Personen, die in einer mehr oder minder entfernten Bezie-

77) Kritik des Kleinsch. Entw. Thl. 2. S. 304—3.

78) Kleinschrod Entwicklung Thl. 2. §. 100. Abegg a. a. O.

79) Zu den bereits oben mitgetheilten Fällen führt der Verf. aus Bopp's Ständeverb. im Großh. Hessen vom J. 1833 S. 47 noch folgenden Fall hinzu. Eine Untersuchung gegen N. N. wegen Brandstiftung hatte zwei Jahre und drei Monate gewährt, während welcher Zeit die Untersuchung einmal acht volle Monate ruhen blieb, und später binnen 5 Monaten nur zwei Verhöre Statt fanden.

hung zu demselben stehen ⁸⁰⁾, sondern auch, wie schon das Römische Recht angedeutet hat, von Seiten des erkennenden Richters möglich sind, ja sogar, wie noch die jüngsten Erfahrungen lehren ⁸¹⁾, unmittelbar von der Staatsgewalt selbst gegen ein angeschuldigtes Subject ausgehen können: so ist es nicht wohl einzusehen, aus welchem Grunde der Gesetzgeber von allen diesen gleich möglichen und im Ganzen gleich seltenen Fällen nur den einen, nämlich nur den unverschuldeten Arrest, in seinen Strafcodex aufgenommen, die übrigen dagegen ganz unberücksichtigt gelassen hat. Der Vf. möchte daher folgende Redaction des Art. 107. (der aber freilich dann nicht mehr seine Stellung unter den Zumessungsgründen beibehalten könnte) vorschlagen: „die Strafe ist zu mildern, wenn der Verbrecher ausser der Strafe durch die Staatsgewalt schon andere unverschuldete Uebel in Beziehung auf seine Uebertretung erlitten hat“, wie sich Feuerbach in seinem Lehrbuche §. 99. mit Rücksicht auf das gemeine Recht sehr treffend ausgedrückt hat; und hieran müßten sich denn nähere Bestimmungen über Verwandlung der Todesstrafe (Baier. Strafg. Art. 105.), über Abrechnung der Strafdauer bei der zeitlichen Freiheitsstrafe u. s. w. anschließen.

80) So z. B. sind dem Vf. zwei Fälle bekannt, wo ein Gerichtsarzt vier und ein Defensor sieben Monate brauchten, jener zur Erklärung über die Zurechenbarkeit, dieser zur Einreichung der Defension, beides freilich durch Verschuldung der Gerichte. Es gehören hieher auch barbarische Behandlung des Sträflings durch den Untersuchungsrichter, den Gefangenwärter u. s. w., und früher zählte man auch Mißbrauch der Tortur dazu.

81) Die letzten (mögen sie die letzten seyn) durch den Druck bekannten eclatanten Fälle von Cabinetsjustiz in Strafsachen sind der Siersstorp'sche im Hzth. Braunschweig, mitgetheilt in Hitzig's Annalen Bd. 16. S. 318 sq., und der vom Vf. in seiner Actenmäßs. Darst. und Verfolgung des Berner Obergerichts und der damit zusammenhängenden Cabinetsjustiz (Tübing. 1834) aus dem Canton Bern mitgetheilte Fall. In Folge fortwährender Eingriffe der Regierung in die zuletzt gedachte Untersuchungssache sind seit erkanntem Actenschlusse mehr als zwei und ein halbes Jahr verstrichen, und noch liegt kein erstinstanzliches Erkenntniß vor. Der letzte Eingriff geschah durch die, aus politischen Gründen der Regierung zweckmäßig scheinende Publication der Acten, deren Druck (sieben starke Bände in 8. Bern 1834 — 5) die Entscheidung der Sache abermals um viele Monate hinausschob.

§. 14.

B. Von der Einwilligung in ein Verbrechen.

Sieht man nun von dem seither angenommenen Maassstabe der neueren Legislationen und Entwürfe (§. 10.) ab, muß man schon und danach eine Erweiterung der gesetzlich anzuerkennenden Milderungsgründe beantragen (§. 13.): so gilt solches in einem noch höheren Grade, wenn allgemein rechtliche Grundsätze den Maassstab für die Beurtheilung des von dem Entwurfe befolgten Systems der Milderungsgründe geben sollen. Denn es dürfte sich leicht nachweisen lassen, daß in allen neueren Legislationen die Theorie der Milderungsgründe zur Zeit noch sehr lückenhaft ist, und daß diesen Vorwurf auch der Württ. Entwurf mit allen anderen Strafgesetzes-Entwürfen und Strafgesetzgebungen der neueren Zeit theilt.

Vorerst nämlich ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde der Württ. Entw. im Art. 226. die Einwilligung des Verletzten nur im Falle der Tödtung für einen Milderungsgrund erklärt. Nach dem Art. 226. soll nämlich die Todesstrafe, wenn die Tödtung mit Einwilligung des Getödteten geschah, in Arbeitshausstrafe ungeändert werden. Diesen besonderen Milderungsgrund (*causa mitigandi propria*) könnte man vermöge des *argum. a majori ad minus* analog auch auf andere Verbrechen ausdehnen, und ihn auf diese Weise zu einem allgemeinen Milderungsgrunde (*causa mitigandi communis*) erheben. Allein dieß dürfte schwerlich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen seyn, welcher mit der Doctrin und Praxis den Unterschied zwischen allgemeinen und besonderen Milderungsgründen anerkennen wird, und, wenn er die Einwilligung für einen allgemeinen Milderungsgrund hätte erklären wollen, solches offenbar in dem allgemeinen Theile des Entwurfs ausgesprochen hätte. Gleichwohl scheint es unbegreiflich, daß nur bei der Tödtung, als dem schwersten von allen Privatverbrechen, nicht aber auch bei minder schweren Verbrechen, wie z. B. bei Körperverletzungen⁸²⁾, beim Anzünden eines fremden Wohngebäudes mit Einwilligung des Eigenthümers⁸³⁾ u. s. w.,

82) Beispiele s. in Hitzig's Annalen H. 8. S. 145 und im N. Arch. des Cr. Rechts Bd. 9. S. 707.

83) Beisp. s. in Bauer's Straffällen Thl. 1. S. 333.

die Einwilligung als Milderungsgrund anerkannt worden ist. Allein diese Beschränkung erklärt sich aus der eigenthümlichen (nach des Vf's Ansicht freilich irrigen) Art und Weise, wie die Motive S. 209. die Bestimmung des Art. 226. juridisch zu begründen versucht haben, wovon weiter unten die Rede seyn wird. Dessen ungeachtet gereicht es dem neuen Entwurfe zum grossen Vorzuge, daß er, unter allen neueren Legislationen zuerst, die Einwilligung in das Verbrechen wenigstens bei der Tödtung als Milderungsgrund anerkannt hat.

Die Frage: welchen Einfluss der Einwilligung des Verletzten in das Verbrechen in Beziehung auf die Strafe gebühre, ist sowohl nach gemeinem Rechte als vom legislativen Standpunkte aus höchst bestritten, und es kann daher unmöglich genügen, nur einen der hieher gehörigen Fälle zu entscheiden, die übrigen hingegen unentschieden zu lassen, oder gar nach entgegengesetzten Principien zu beurtheilen⁸⁴). Es lassen sich hier vier Hauptansichten unterscheiden. Nach der einen Theorie, zu welcher sich z. B. Gönner, Bentham, Tittmann und Wächter bekennen, soll der Rechtsatz *volenti non fit injuria* unbedingt auch auf dem Gebiete des Strafrechts anerkannt werden. Nach einer zweiten Theorie z. B. welche Feuerbach und Grolman vertheidigen, soll man zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten unterscheiden, ohne daß man jedoch darüber einverstanden ist, welche einzelnen Rechte zu dieser oder jener Klasse von Rechten gehören. Nach der dritten Theorie, z. B. Quistorp's und Grolman's, soll die Einwilligung, wenn der Thäter seine Handlung deshalb für straflos hielt, den *dolus* zur *culpa* herabsetzen. Nach der vierten Theorie endlich, zu welcher sich z. B. Rosshirt, Jarcke, Trummer und Abegg bekennen, ist der Thäter im Allgemeinen für strafbar zu erklären, doch ist man über die Ausnahmen von dieser Regel und über das Princip, durch welches diese Ausnahmen bestimmt werden, nicht einverstanden.

Bei diesem Widerstreite entgegengesetzter Ansichten

84) Der Vf. hat die hieher gehörige Litteratur in seiner Vergl. des Hannov. Entw. S. 10 sq. u. im N. Arch. des Cr. Rechts Bd. 11. S. 65 sq. zusammengestellt.

dürfte der Gesetzgeber am richtigsten von folgendem Grundgedanken ausgehen. Es giebt gewisse verbrecherische Handlungen, die ihrem Begriffe nach so wesentlich durch das Merkmal *invito laeso* (d. h. daß die Handlung wider den Willen des Verletzten geschehen seyn mußte) bedingt sind, daß wenn dieses Merkmal erweislich fehlt oder nicht bewiesen werden kann, alsdann die Handlung entweder vermöge ihrer sonstigen Merkmale in ein anderes Delict übergeht (z. B. die Nothzucht in einfache Unzucht), oder wenn auch dieses nicht der Fall ist, alsdann eine in sich erlaubte Handlung vorliegt, welche als solche die Möglichkeit einer jeden Bestrafung ausschließt. Letzteres ist z. B. der Fall beim Diebstahl, bei Betrügereien insofern sie Verletzungen des Eigenthums oder der Vermögensrechte überhaupt zum Gegenstande haben, ferner bei der Entführung und beim Menschenraube insofern diese Handlungen keine Eingriffe in die Rechte dritter Personen enthalten, endlich auch bei gewissen (aber nur gewissen) Arten der Injurien, wie z. B. bei dem von den Italiänern s. g. *crimen osculationis*, bei dem *introire in domum alienam invito domino* nach Römischen Rechte⁸⁵⁾, u. s. w. Dieser Classe von Verbrechen, welche ihrem Wesen und ihrem Begriffe nach in einer unverkennbaren Beziehung zu dem Merkmale *invito laeso* stehen, stehen alle übrigen Verbrechen entgegen, die ihrem Begriffe und ihrer Natur nach durch das gedachte Merkmal nicht bedingt sind, wie dieses z. B. bei der Tödtung, der Körperverletzung, den mehrsten Fällen der Injurie, der Brandstiftung (als einer Handlung, die aus einem höheren Gesichtspuncte als der bloßen Eigenthumsbeeinträchtigung⁸⁶⁾ aufzufassen ist), und bei andern Verbrechen der Fall ist. Diese Unterscheidung haben mit dem Vf. neuërdings auch Bauer⁸⁷⁾ und Rosshirt⁸⁸⁾ anerkannt, und es würde daher in Ermange-

85) Von allen Injurien kann nicht behauptet werden, daß die Einwilligung die Injurie ihrem Begriffe nach aufhebe. Man muß vielmehr die Frage über den Begriff und über die Strafbarkeit der Injurie von einander unterscheiden, wie dies mit dem Vf. auch Chop im Arch. für civilist. Praxis Bd. 17. S. 238 gethan hat.

86) N. Arch. des Crim. Rechts Bd. 14. S. 459 sq. Bd. 11. S. 290 sq. Jahrg. 1834. Nr. 19. Baier. Strafgesetzb. Art. 123.

87) Lehrb. §. 49. ed. 2.

88) Zeitschrift Bd. 1. S. 299.

lung einer gesetzlichen Bestimmung, welche bei dieser Classe von Verbrechen die Einwilligung für einen Milderungsgrund der Strafe erklärte, der Thäter mit der ordentlichen Strafe des Gesetzes zu belegen seyn, wie dies z. B. auch die Praxis der englischen und französischen Gerichte bei Tödtungen und Körperverletzungen anerkennt⁸⁹⁾. Denn da das Gesetz zwischen Einwilligung und Nichteinwilligung nicht unterscheidet, und das Verbrechen selbst seinem Begriffe nach durch das Merkmal *invito laeso* nicht bedingt ist (Tödtung bleibt Tödtung auch an einem Einwilligenden verübt, wie solches auch der Art. 226. des Entw. anerkennt); so fehlt es keineswegs an dem gesetzlichen Thatbestande des Verbrechens, und es trifft der Buchstabe des Gesetzes um so gewisser den Thäter, da die Einwilligung in das Verbrechen ja nur ein Verzicht auf die Strafe vor der That ist, welche in juridischer Beziehung (wenigstens nach strengen Rechtsbegriffen) eben so wenig wie die Verzichtleistung des Verletzten auf die Strafe nach der That berücksichtigt werden kann, weil die Strafe im Interesse der Gesamtheit genommen wird, und es daher den Unterthanen unmöglich freistehen kann über die Uebertretung der Strafgesetze mit einander zu pacisciren. Nur dann würde eine Ausnahme stattfinden, wenn das Verbrechen nicht *ex officio*, sondern nur auf Antrag des Verletzten untersucht und bestraft wird, wie z. B. bei Injurien der Fall ist. Denn hier anerkennt das Gesetz selbst ausnahmsweise das Princip der Verzichtleistung, welches daher in seinem vollsten Umfange zur Anwendung gebracht werden muß.

Auf diesen allerdings strengen und viel zu strengen Grundsätzen des gemeinen Rechts beruht auch der Art. 123. des Baier. Strafgesetzbuches, und der dem letzteren nachgebildete Art. 98. des neuen Griechischen Strafcodex⁹⁰⁾, wonach die Einwilligung des Verletzten in eine strafbare Handlung dieser Art weder die Zurechnung des Thäters aufhebt, noch auch nur vermindert; kurz die Einwilligung ist nicht als gesetzlicher Milderungsgrund bei derjenigen Classe

89) N. Arch. des Cr. Rechts Bd. 11. S. 288 sq. Bd. 9. S. 707. Hitzig's Annal. H. 3. S. 145 sq. Archenholz brittische Annal. Bd. 7. S. 42.

90) Krit. Zeitsch. für Gesetzg. des Auslandes. Bd. 8. S. 143. a. E.

von Verbrechen, um welche es sich hier allein handelt, anerkannt. Allein diese Strenge ist mit allgemeinen Rechtsprincipien unverträglich, indem zwischen Verbrechen an einem Einwilligenden und Nicht - Einwilligenden verübt sowohl in subjectiver als objectiver Hinsicht ein wesentlicher, vom Gesetzgeber nicht zu verkennender Unterschied besteht⁹¹⁾, wie dieses auch bei der Tödtung der Art. 226. des neuen Entwurfs und der Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen Kap. 14. Art. 3. anerkannt haben⁹²⁾. Ist nun aber bei der Tödtung die Einwilligung als Milderungsgrund anerkannt, so erfordert es offenbar die Consequenz dieselbe in gleicher Eigenschaft auch bei den übrigen minder schweren Verbrechen anzuerkennen, und zwar in Beziehung auf den Württ. Entwurf um so mehr, da derselbe (gewiss mit Recht) das Princip der Verzichtleistung auf die Strafe in einem viel weiteren Umfange als das gemeine Strafrecht und selbst neuere Legislationen anerkennt, wie die Motive S. 63. ergeben. Dahingegen glaubt der Vf. nicht, daß der Gesetzgeber rücksichtlich der Einwilligung auszusprechen habe, wann dieselbe Strafflosigkeit des Thäters zur Folge habe, wie solches z. B. der Art. 123. des Baier. Strafgesetzbuches, ferner Bauer⁹³⁾ und Rosshirt⁹⁴⁾ für nöthig halten. Denn es dürfte sich eines Theils auch ohne die Erklärung des Gesetzgebers von selbst verstehen, daß der Richter nicht an sich erlaubte Handlungen strafen werde; andern Theils wird der Richter schon von sich aus im Stande seyn die Frage, wann die Einwilligung eine sonst strafbare Handlung zu einer an sich erlaubten mache, aus dem Begriffe und Thatbestande der betreffenden Verbrechen zu beantworten, und insofern kann man es nur billigen, daß der Württ. Entwurf nach dem Vorgange des revidirten Hannov. Entwurfs eine solche Erklärung für überflüssig gehalten hat. Allein daraus folgt noch nicht, daß die Einwilligung nur bei der Tödtung

91) N. Arch. des Cr. Rechts Bd. 11. S. 292—4. Mittermaier. Anm. zu Feuerb. Lehr. §. 35.

92) Arch. des Cr. Rechts 1835. S. 432.

93) Anm. zum Hann. Entw. Thl. 2. S. 359. Dessen Vergleichung des Hannov. Entw. S. 17.

94) Zeitschrift a. a. O.

als Milderungsgrund anzuerkennen sey, sondern sie muß um der nothwendigen Consequenz willen auch bei den übrigen Verbrechen, die nicht durch das Merkmal *invito laeso* bedingt sind, nach dem in dem Art. 226. des Entw. enthaltenen Maafsstabe als gesetzlicher Milderungsgrund anerkannt und ausgesprochen werden. Zwar dürfte das in dem Art. 226. aufgestellte Strafmaafs, so bedeutend auch der Gesetzgeber von der Todesstrafe abwärts zu einer niederen Strafgattung, nämlich zur blofsen Arbeitshausstrafe, herabgegangen ist, für manche Fälle noch zu hoch gegriffen seyn, wie z. B. wenn Jemand einem schwer Verwundeten auf dem Schlachtfelde auf dessen Bitten den Gnadenstofs versetzt, oder wenn (wie Steltzer einen solchen Fall mitgetheilt hat) Jemand einem Sterbenden auf dem Krankenlager auf dessen Bègehren das Kopfkissen unter dem Kopfe wegzieht, wissend, dafs dann ein Schlagflufs seinem Leben ein Ende machen werde u. s. w. Für Fälle dieser Art scheint es allerdings eines Milderungsrechts zu bedürfen, um noch unter die Arbeitshausstrafe herabgehen zu können. Allein dieses würde, da im Allgemeinen die Arbeitshausstrafe eine gehörig proportionirte Strafe ist, nur vermöge des Milderungsgrundes *ex clausula generali* möglich seyn, den aber der Entwurf, und zwar mit Recht (§. 10.), nicht anerkennt. Es muß mithin in Fällen dieser Art dem Regenten überlassen werden, auf dem Wege der Gnade die Strafe zu mildern.

Die bisherige Deduction, welche die Erweiterung und Ausdehnung der Bestimmung des Art. 226. des Entw. auf andere Verbrechen zum Zweck hat, scheint ihre Widerlegung in der Art und Weise, wie die Motive S. 209 den Art. 226. zu rechtfertigen suchen, zu finden; und wenn die Argumentation der Motive gegründet wäre, so würde die Einwilligung nur bei der Tödtung, und ausserdem nur noch bei der Körperverletzung⁹⁵⁾ als Milderungsgrund in Betracht kommen können. Allein es ist aus mehreren Gründen mißlich, die Einwilligung in die Tödtung mit dem Selbstmorde in Verbindung zu bringen, und den Thäter unge-

95) Bei dieser letzteren würde nämlich der Thäter als strafbarer Gehülfe der Selbstverstümmelung (einer an sich straflosen Handlung) zu betrachten seyn. Allein der Entwurf geht nicht einmal so weit!

achtet der Selbstmord an sich straflos ist, für einen strafbaren Gehülfen des Selbstmordes zu erklären, indem derselbe vielmehr nach Art. 68. und 69. des Entwurfs als physischer Urheber oder Miturheber des Selbstmordes, der Getödtete hingegen als intellektueller Urheber desselben (als Anstifter) angesehen werden müßte. Allein es würde doch offenbar widersinnig seyn, den Thäter für den physischen Urheber des an einer anderen Person verübten Selbstmordes zu erklären, da der Selbstmord nur an der eignen, nicht aber an einer dritten Person möglich ist; und hieraus ergiebt sich denn, daß die am Thäter zu strafende Handlung nicht Selbstmord seyn kann, sondern das Verbrechen der Tödtung ist, wie dies auch die Stellung des Art. 226. selbst ergiebt. Gleicherweise hat sich auch der französische Cassationshof in einem *arrêt* vom Jahr 1827 (*Gazette des tribunaux* Nr. 705.), und zwar dahin ausgesprochen: *Il n'y a suicide proprement dit que de la part de celui qui se donne la mort à lui même; mais que l'acte par lequel un individu consent sur la demande d'autrui, à lui donner la mort, constitue le crime de meurtre sur la personne d'autrui....* Ist nun die an dem Thäter zu strafende Handlung nicht Selbstmord, sondern das Verbrechen der vorsätzlichen Tödtung, so kann derselbe auch nicht als physischer Gehülfe des Selbstmordes angesehen werden, und endlich liegt auch nichts widersprechendes darin, den Getödteten als intellektuellen Urheber (Anstifter) des Selbstmordes, den Thäter hingegen als physischen Urheber eines Mordes zu bezeichnen, weil abgesehen von diesem Falle, auch noch sonstige Fälle vorkommen, wo die Theilnehmer an einer strafbaren Handlung nach ganz verschiedenen, ja entgegengesetzten Grundsätzen zu beurtheilen sind⁹⁶⁾.

Ein zweites Bedenken gegen die Argumentation der Motive besteht darin, daß, wenn der Thäter nur als Gehülfe des Selbstmörders angesehen werden soll, nicht wohl einzusehen ist, worauf denn die Strafbarkeit desselben beruhe, da ja der Selbstmord, wie die Motive selbst besagen, aus der Reihe der bürgerlich strafbaren Verbrechen gestrichen ist? Hierauf erwiedern zwar die Motive, daß „die

96) N. Arch. des Cr. Rechts Bd. 11. S. 77. Württ. Entw. Art. 81.

Strafbarkeit des Gehülfen auf der Pflicht des Staats für die Rechtssicherheit zu sorgen beruhe. Allein wie kann man mit Grund von einer Verletzung der Rechtssicherheit reden, wenn der Getödtete freiwillig auf sein Leben Verzicht geleistet hatte? und wäre es eine Verletzung der Rechtssicherheit, so müßte dann eben so gewiß auch der Selbstmörder gestraft werden! Auch scheinen die Motive selbst diese Idee wieder aufzugeben zu haben, indem sie die Strafbarkeit des Gehülfen des Selbstmörders vielmehr darauf gründen, daß ihm „die Gemüthsstimmung nicht zu statten komme, welche den Selbstmörder entschuldbar mache“. Allerdings ist dieser Satz gegründet, weil der Thäter Mörder und nicht Selbstmörder ist. Dann aber kann er nicht als Gehülfe des Selbstmordes gelten, sondern er ist (wie schon die Stellung des Art. 226. ergibt) der Urheber eines Mordes, jedoch aus rechtlichen Gründen nach milderer, und zwar bedeutend milderer Grundsätzen wie der gemeine Mörder zu beurtheilen.

Der Vf. kann daher nicht anders glauben, als daß der Gesetzgeber den speciellen Milderungsgrund des Art. 226. zu einem allgemeinen Milderungsgrunde für die betreffenden Verbrechen erheben, im Uebrigen dagegen es der eignen Beurtheilung des Richters überlassen sollte, wann Mangel des Merkmals *invito laeso* die angeschuldigte Handlung in eine andere Kategorie von Vergehen herabsetze, beziehungsweise alle Strafbarkeit aufhebe.

§. 15.

7. Von Verbrechen an fremden Staaten oder deren Behörden.

Außerdem giebt es noch zwei andere Milderungsgründe, welche eine jede wohlgeordnete Strafgesetzgebung anerkennen sollte; und würden dieselben gesetzlich anerkannt, so bliebe die Zahl der gesetzlichen Milderungsgründe verhältnißmäßig noch immer sehr klein.

Der erste dieser beiden Milderungsgründe, deren gesetzliche Einführung der Vf. beantragen zu sollen glaubt, betrifft Verbrechen an auswärtigen Staaten und deren Behörden, die nach der strengen Theorie des neuen Entwurfs mit der nämlichen Strenge wie Verbrechen an dem eignen Staate und den eignen Staatsbehörden geahnet

werden sollen. Diefs hält der Vf. für tadelnswerth und will in möglichster Kürze seine Ansicht über diese wichtige Frage aussprechen.

Nach den Art. 2. und 3. des Entwurfs sind den Württembergischen Strafgesetzen unterworfen alle Unterthanen des Königreichs, ohne Unterschied ob sie die strafbare Handlung im Inlande oder im Auslande, es sey nun gegen den einheimischen Staat und dessen Angehörige, oder gegen einen fremden Staat und dessen Angehörige verübten. Doch ist in letzterer Beziehung die Beschränkung gemacht, daß bei Verbrechen eines Württembergers an einem ausländischen Staate oder dessen Behörden alsdann keine Untersuchung und Strafe stattfinden solle, „wenn nach den Gesetzen dieses Staats dasselbe Verbrechen von einem seiner Angehörigen an dem Württembergischen Staate oder dessen Behörden begangen, straflos bleiben würde.“ Hieran schließt sich die Bestimmung des Art. 4., wonach den Württembergischen Strafgesetzen ausser den Staatsunterthanen, auch Fremde wegen aller innerhalb des Königreichs verübten Verbrechen und Vergehen, es sey gegen den Württembergischen oder einen ausländischen Staat, gegen einen Angehörigen des ersten oder des letzten, unterworfen sind.

Der hier befolgte Grundsatz, daß die Württembergischen Strafgesetze zum Schutze aller fremden Staaten und deren Angehörigen bestehen, und diesen ein gleicher Rechtsschutz wie dem eignen Staate und dessen Unterthanen zu gewähren sey, dürfte sich jedoch aus rechtlichen und politischen Gründen sehr in Zweifel ziehen lassen. Vorerst ist es ein unbestreitbarer, auch von den Motiven selbst anerkannter Rechtsgrundsatz, daß Strafgesetze nicht zum Schutze fremder Staaten bestehen, sondern zum Schutze des eigenen Staats und dessen Angehörigen erlassen werden. Eben so wenig kann behauptet werden, daß bei Verletzungen fremder Staaten oder deren Behörden, der einheimische Staat durch die Strafflosigkeit des Thäters wenigstens mittelbar gefährdet werde. Denn ein Staatsunterthan kann sehr wohl versucht seyn, sich gegen einen fremden, ihn nicht verpflichtenden, und vielleicht mit seiner Regierung in-

feindlichen oder doch gespannten Verhältnissen lebenden Staat oder dessen Behörden manche Handlungen zu erlauben, die er sich gegen den eignen Staat und dessen Behörden nicht erlaubt haben würde, noch in Zukunft jemals erlauben wird. Eben so wenig läßt sich ein völkerrechtliches Princip nachweisen, vermöge dessen der einheimische Staat verpflichtet wäre, Vergehungen seiner Unterthanen gegen fremde Staaten und deren Behörden zu bestrafen, wie solches auch der Art. 3. dadurch anerkennt, daß er die Bestrafung derselben abhängig macht von der gegenseitigen Gewährung eines solchen Rechtsschutzes, was aber mit anderen Worten nur heißt: „strafst du deinen Unterthanen, so strafe ich auch meinen.“

Allerdings ist mit den Motiven §. 4. nicht zu verkennen, daß bei den mannigfachen geselligen und commerciellen Verbindungen zwischen den Angehörigen verschiedener Staaten und bei den völkerrechtlichen Verhältnissen der Staaten unter sich ein indirectes Interesse gebietet⁹⁷⁾, auch fremden Staaten und Unterthanen den Schutz der Strafgesetze gegen rechtswidrige Handlungen der Unterthanen zu gewähren. Allein daraus folgt weder, daß sie nur unter der Voraussetzung der Reciprocität strafbar seyen, weil der Satz: „strafst du deinen Unterthanen, so strafe ich auch meinen“ auf dem Gebiete des Strafrechts keine Anwendung finden kann, wenn nicht die Strafjustiz zum bloßen Spielball der Politik gemacht werden soll; noch folgt daraus die gleiche Strafbarkeit der an einem fremden Staate und dessen Behörden verübten Verbrechen mit den an dem eignen Staate begangenen Verbrechen. Vielmehr ergibt sich daraus nichts weiter, als daß der Satz des strengen Rechts, daß Strafgesetze nur zum Schutze des eignen Staats und der eignen Unterthanen bestehen, aus staats- und völkerrechtlichen Gründen zu modificiren sey. Aber aufgehoben kann er durch jenes indirecte Interesse auf keine Weise werden.

Man muß nämlich, wie dies auch der Art. 3. des Entw.,

97) Fehlt es an diesem indirecten Interesse, so kann von einer Bestrafung der Unterthanen niemals die Rede seyn, wie z. B. wenn ein Württemberger in Württemberg ein Pasquill auf den Kaiser von China oder von Japan verbreitete.

jedoch nur theilweise und in einer anderen Beziehung gethan hat, zwischen strafbaren Handlungen der Unterthanen fremde Unterthanen, und strafbaren Handlungen derselben fremden Staaten und deren Behörden unterscheiden. Das eine wie das andere kann auf zweifache Weise, nämlich entweder vom Inlande aus, oder im Auslande geschehen; letzteres wenn der Unterthan dem *foro delicti commissi* entging und ungestraft in die Heimath zurückkehrte.

Was nun vorerst die Begehung von strafbaren Handlungen an fremden Unterthanen, es sey vom Inlande aus ⁹⁸⁾ oder im Auslande ⁹⁹⁾, betrifft: so kann der Umstand, daß der Verletzte ein fremder Unterthan war, dem Verbrecher weder zur Entschuldigung noch zur Milderung der Strafe gereichen, weil ein gemeinsames natürliches Band alle Menschen umschliesst, und der gesellige und commercielle Verkehr zwischen den Angehörigen verschiedener Staaten längst zur Folge gehabt hat, daß sie sich unter einander als Menschen und Bürger nach gleichem Maassstabe schätzen und bemessen. Auch wird man nicht leicht gehört haben, daß bei Verbrechen an Ausländern vom Inlande aus verübt, sich der Thäter zu seiner Entschuldigung darauf berufen habe, daß er Handlungen der Art für minder strafbar als Verbrechen an den Unterthanen des eignen Staats, oder gar daß er sie für völlig straffrei gehalten habe. Insoweit kann also die Ansicht des Entwurfs nur gebilligt werden.

Was hingegen den zweiten Fall, die Begehung von strafbaren Handlungen an fremden Staaten betrifft, so verhält es sich hier in allen jenen Beziehungen geradezu umgekehrt. Denn wenn man das gegenseitige Verhältniß unabhängiger Staaten und Völker zu einander erwägt, namentlich das Mißtrauen, womit sie sich gegenseitig beobachten, die zwischen ihnen so häufig und fast unvermeidlich entstehenden bald grösseren bald kleineren Conflict, die Absperrungs-

98) Z. B. ein Württemberger dingt vom Königreiche aus einen Mörder in Baiern, um einen Baiern daselbst umzubringen.

99) Z. B. ein Württemberger tödtet in Baiern einen dortigen Unterthanen, und flüchtet sich nach der That in die Heimath.

und Absonderungssysteme, welche sie in mehrfachen Beziehungen gegen einander aufstellen, den Vertheidigungsfuß, worauf sie sich gegenseitig gesetzt haben u. s. w.; wenn man dieses alles, und sonst noch mehr erwägt, so mußte hievon wohl die unvermeidliche Folge seyn, daß auch die Unterthanen sich daran gewöhnten, auf fremde Staaten und Regierungen mit andern Augen als auf den eignen Staat und die eigne Regierung zu blicken. Während demnach ein gemeinsames natürliches Band ihn mit den Unterthanen fremder Staaten verbindet, ist ein solches allgemein menschliches Band zwischen ihm und den fremden Regierungen nicht geknüpft. Der Unterthan hat das Bewußtseyn, daß er fremden Staaten und deren Behörden zu keinem Gehorsam verpflichtet ist; er ist sich bewußt, daß er in dem Bereiche des Staatsgebiets sich außer dem Bereiche der fremden Strafgesetze und deren Folgen befindet, weil er im Inlande nur den eignen, und nicht auch fremden Strafgesetzen unterworfen ist; er ist sich ferner des wichtigen Unterschiedes zwischen der allgemeinen negativen (auf bloßen völkerrechtlichen und politischen Gründen beruhenden) Verbindlichkeit, auch fremde Regierungen in ihren anerkannten Rechten nicht zu verletzen, und der Verpflichtung zur besonderen Treue gegen die einheimische Staatsgewalt bewußt; er weiß endlich sogar aus Erfahrung, wie häufig jene Verbindlichkeit von den betreffenden Staatsregierungen selbst hintangesetzt und ungeahnet übertreten wird: — und soll nun mit einemmale und ganz unerwartet belehrt werden, daß alle Staaten ein Leib und eine Seele seyen, und daß daher Vergehungen gegen fremde Staaten und deren Behörden mit derselben Strenge wie gegen den eignen Staat und dessen Behörden zu ahnen seyen! Allein so schön sich auch dieser philanthropisch-kosmopolitanische Satz ausnimmt, so ist er doch in der Wirklichkeit (und nur von den gegebenen Verhältnissen kann und darf der Gesetzgeber ausgehen) nur eine reine Fiction; und selbst wenn (was aber zum Glück nicht möglich ist) in Gemälsheit des Art. 3. des Entw. sich sämtliche europäische und außereuropäische Regierungen zur Gewährung eines gegenseitigen Rechtsschutzes vereinigen sollten, so würde ein solches Strafschutz-Bündniß nur

zu einer Erweiterung der Strafjustiz auf Kosten des Rechts und der Billigkeit, ja selbst der Politik führen.

Die Motive selbst gehen von dem richtigen Grundsatz aus, daß die einheimischen Strafgesetze nicht zum Schutze fremder Staaten und deren Behörden bestehen, daß jedoch mit Rücksicht auf völkerrechtliche Verhältnisse ein indirectes Interesse gebiete, auch fremden Staaten den Schutz der Strafgesetze gegen Verbrechen der Staatsunterthanen im In- und Auslande verübt, zu gewähren. Insofern geben die Motive selbst zu, daß Handlungen dieser Art nur als ein völkerrechtlicher Bruch oder als Verletzungen des völkerrechtlichen Friedens von Seiten der Unterthanen strafbar seyen. Als solche können sie aber unmöglich für gleich strafbar mit Verbrechen an dem eignen Staate und dessen Behörden erachtet werden (vgl. z. B. die Motive zu Art. 131 sq. über den Hochverrath), da das Verhältniß der Unterthanen zu auswärtigen Staaten und Behörden nicht nur von dem Verhältnisse, in welchem sie zur eignen Staatsregierung, sondern auch von dem Verhältnisse, in welchem ihre Staatsregierung zu auswärtigen Staaten steht, durchaus und wesentlich verschieden ist, und der gesunde Verstand der Unterthanen schwer begreifen wird, daß alle Staaten in einem so innigen Zusammenhange stehen sollen, daß was den einen trifft, zugleich auch den andern treffe, und daher aller Unterschied zwischen Verbrechen an dem eignen und an fremden Staaten rücksichtlich der Strafbarkeit als aufgehoben zu betrachten sey.

Es sollten demnach Vergehungen der Unterthanen gegen fremde Staaten oder Behörden entweder unter dem schon öfter vorgeschlagenen Namen „Verletzungen des völkerrechtlichen Friedens“ abgesondert im Strafgesetzbuche nach eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilt werden, oder wenn solches nicht thunlich wäre, so sollten sie mindestens (und dazu scheint dem Vf. der Gesetzgeber verpflichtet zu seyn) nach milderen Grundsätzen als Verbrechen an dem eignen Staate und dessen Behörden beurtheilt werden. Die Qualität des fremden Staats und der fremden Behörde sollte daher vom Gesetzgeber als allgemeiner Milderungsgrund der Strafe anerkannt, und daneben ausgesprochen

werden, daß Handlungen der gedachten Art nicht von Richteramtswegen, sondern nur auf Begehren des auswärtigen Staats zu ahnen seyen, weil wenn der auswärtige Staat sich nicht für verletzt hält, oder besondere Gründe hat die betreffende Handlung nicht zur Publicität zu bringen, die Sympathie für fremde Leiden unmöglich so weit gehen kann, um auch ohne oder wider den Willen des verletzten Staats den Unterthanen bestrafen zu können! Dieser Zusatz würde zugleich das im Art. 3. ausgesprochene Princip der Reciprocität, wonach eine und dieselbe Handlung je nach Verschiedenheit des verletzten Staats strafbar beziehungsweise straflos seyn kann, entbehrlich machen.

Was von den Staatsunterthanen gilt, gilt auf gleiche Weise auch von Fremden, die vom Württembergischen Staatsgebiete aus Verbrechen an fremden Staaten oder deren Behörden verübten. (Art. 4.) Denn die Gründe sind hier die nämlichen.

§. 16.

8. Von Verbrechen an feindlichen Occupationstruppen.

Der letzte vom Vf. zu beantragende Milderungsgrund steht mit den so eben entwickelten Grundsätzen in einem nahen Zusammenhange. Er betrifft die gemeinrechtlich bestrittene und sehr verschieden beantwortete Frage¹⁰⁰⁾: ob überhaupt, und nach welchen Grundsätzen Verbrechen an feindlichen Soldaten zur Zeit des Krieges zu strafen seyen? Während nämlich einige Rechtslehrer der Ansicht sind, daß Handlungen dieser Art straflos seyen, weil die einheimischen Strafgesetze nicht zum Schutze der Feinde vorhanden seyen, und der Krieg alle Unterthanen zu Kriegern mache, sind umgekehrt andere Schriftsteller für die volle Strafbarkeit des Thäters, theils mit Rücksicht auf die Widerrechtlichkeit der Handlung an sich, theils weil sie den Zweck der Strafgesetze vielmehr darin setzen, daß im Staate überall keine

100) Vgl. darüber die Litt. bei Feuerbach Lehrs. §. 34. Anm. ed. 12, u. dazu: N. Arch. des Cr. Rechts Bd. 8. S. 359. Pratobevera Materialien zur Gesetzkunde Oesterreichs Bd. 1. S. 274—81. Abegg Untersuchungen S. 86 sq.

Verbrechen begangen werden sollen. Wiederum Andere stellen eine Mitteltheorie auf, indem sie der Ansicht sind, daß wenn die Handlung ihren Grund in unzeitigem Patriotismus, Haß, Affect u. s. w. hatte, der Thäter dann nur wegen *culpa* bestraft werden könne. Endlich streitet man auch noch darüber, nach welchen Strafgesetzen der Thäter zu richten sey, ob nach den einheimischen Gesetzen, die doch nicht zum Schutze der Landesfeinde vorhanden seyen, oder nicht vielmehr nach völker-strafrechtlichen Grundsätzen, da im Grunde nur völkerrechtliche Rücksichten die Bestrafung des Thäters geböten.

Diese nach dem Abzuge feindlicher Truppen aus dem occupirten Staate sehr häufig in den Gerichten zur Sprache gekommene Controverse, welche in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung der Quellen des gemeinen deutschen Strafrechts sehr verschiedene Entscheidungen veranlaßte ¹⁰¹⁾, ist weder in dem Entwurfe entschieden, noch auch nur gelegentlich von den Motiven berücksichtigt worden. Allein darum kann noch nicht behauptet werden, daß hier eine Lücke des Entwurfs bestehe. Nach den Art. 3. und 4. sind nämlich den Württembergischen Strafgesetzen unterworfen alle Staatsunterthanen und Ausländer wegen im Königreiche oder vom Königreiche aus begangener strafbarer Handlungen, es sey an Württembergern oder an Fremden. Zu diesen Fremden gehören dem Wortverstande nach auch die feindlichen Occupationstruppen, woraus sich denn ergibt, daß der Unterthan auch an feindlichen Soldaten eine, und zwar nach Württembergischem Rechte strafbare Handlung begehen kann. Und diese Ansicht ist offenbar die richtige, da eines Theils nach völkerrechtlichen Grundsätzen die feindlichen Truppen in dem occupirten Staate nicht rechtlos sind, indem der Krieg nur zwischen den gegenseitigen Soldaten und nicht zwischen Soldaten und Bürgern

101) So z. B. erzählt Tittmann Vorträge und Urtheile Nr. 2. einen Tödtungsfall, wo das Gericht erster Instanz den Thäter zum Tode, das Gericht zweiter Instanz dagegen (wenn der Vf. nicht irrt) zu einer nur halbjährigen Freiheitsstrafe, und zwar unter Einrechnung des erlittenen Arrestes, verurtheilte.

geführt wird, vielmehr die letzteren nach völkerrechtlichen Grundsätzen gar nicht als Feinde angesehen und behandelt werden; andern Theils eine Bestrafung des Thäters nach völkerrechtlichen Grundsätzen gar nicht möglich seyn würde, da diese aller näheren Bestimmungen über die Quantität und Qualität der zuzufügenden Strafe entbehren. Allein eine andere Frage ist es, ob Verbrechen an feindlichen Soldaten (wie nach dem Entwurfe der Fall ist) mit derselben Strenge wie an Staatsunterthanen und friedlichen Ausländern, die sich im Staatsgebiete aufhalten, zu ahnen seyen? Nach dem von den Motiven selbst anerkannten Grundsatz des Rechts, daß die Strafgesetze nur zur Sicherung des eignen Staats und dessen Angehörigen bestehen, mithin unmöglich zum Schutze der Landesfeinde erlassen seyn können, ist es auch hier nur ein indirectes Interesse, oder mit andern Worten sind es nur völkerrechtliche Rücksichten, welche den Gesetzgeber bestimmen, dergleichen Handlungen mit der Strafe des Gesetzes zu belegen. Eben deshalb ist es aber nicht möglich, sie mit derselben Strenge, wie Verbrechen an anderen Personen verübt, zu ahnen. Der Vf. kann zwar nicht der Ansicht beistimmen, daß unzeitiger Patriotismus, Feindeshafs, Affect u. s. w. den *dolus* zu einer bloßen *culpa* herabstimme, indem diese Ansicht allen Grundsätzen des Rechts widerstreitet. Allein wenn der Gesetzgeber auf die Schrecknisse des Krieges, unter welchen solche strafbare Handlungen verübt werden, auf den Nationalhafs, der so oft zu geheimen Kriegen zwischen Bürgern und Soldaten führt, auf die zahllosen Bedrückungen, welche sich nicht allein die siegreiche Armee, sondern (was noch viel schlimmer ist) der Einzelne in ihr sich gegen den wehr- und waffenlosen Bürger erlaubt, und auf die durch den Krieg überhaupt unverschuldet entstehende Noth und Armuth; — wenn der Gesetzgeber auf diese und andere den Krieg begleitenden aufsergewöhnlichen, und vielfach entschuldigenden Umstände und Verhältnisse gar keine Rücksicht nimmt, sondern den Unterthanen mit gleicher Strenge verdammt, er mag sich an einem friedlichen Staatsgenossen vergangen haben, oder an einem feindlichen Ausländer, der dem Staate sein Theuerstes, seine Selbst-

ständigkeit und Nationalität durch die Uebermacht der Waffen zu entreißen strebt: so dürfte den Gesetzgeber der Vorwurf einer schonungslosen, mit den Grundsätzen des Rechts und der Gerechtigkeit unverträglichen Strenge treffen. Auf dem Wege der Gnade würde hier freilich nachgeholfen werden können. Allein die Umstände sind hier von der Art, daß der Gesetzgeber auf legislativem Wege diesem Mißverhältnisse abzuhelpen verpflichtet erscheint, und es sollte daher die Bestimmung in den neuen Entwurf aufgenommen werden, daß Verbrechen an feindlichen Occupations- truppen zur Zeit des Krieges verübt nach milderem Grundsätzen zu beurtheilen seyen, d. h. es sollte dem Richter gestattet werden, wegen mildernder Umstände ¹⁰²⁾ von der *poena ordinaria*, beziehungsweise dem Minimum der festgesetzten Strafe abweichen zu dürfen. Die gemeinrechtliche Theorie stützt sich freilich zur rechtlichen Begründung dieses Satzes auf eine Erweiterung der Grenzen der Nothwehr, weil der Schutz der Gesetze im Zustande des Krieges unsicher sey und im Stande der Gewalt der Bürger eine freiere Befugniß zur Erhaltung seiner Rechte erhalte, so daß Verbrechen an feindlichen Soldaten in der Regel nach den milderem Grundsätzen vom Excess der Nothwehr zu beurtheilen seyen ¹⁰³⁾. Wäre diese Theorie gegründet, so bedürfte es allerdings nicht der Aufstellung jenes Milderungsgrundes, da der Württ. Entwurf über den Excess der Nothwehr milde, mit der Gerechtigkeit und Billigkeit verträgliche Grundsätze aufstellt. Allein dem Verf. scheint diese Theorie der Erweiterung der Nothwehr sehr bedenklich zu seyn, da man dieselbe mit eben dem Rechte auch auf andere, eben so dringende und dem Verbrecher eben so sehr zur Entschuldigung gereichende Umstände anderer Art beziehen könnte, wodurch der Stand der Nothwehr oder das Recht der Selbstvertheidigung so sehr erweitert würde, daß dadurch die Natur und die Grenzen desselben zuletzt ganz verrückt würden.

102) Fehlt es an diesen, so ist freilich kein Grund vorhanden, ein solches Milderungsrecht anzuerkennen. Doch dürfte es in der Regel an mildernden Umständen nicht fehlen.

103) N. Arch. des Cr. Rechts Thl. 1. S. 426.

Hiemit schließt der Vf. die Lehre von den gesetzlich anzuerkennenden Milderungsgründen, und glaubt, daß wenn der Gesetzgeber aufser den Fällen der Art. 90. und 92. auch noch die in den §. 12—15. enthaltenen Milderungsgründe anerkennen würde, die Zahl der gesetzlichen Milderungsgründe verhältnißmäfsig noch immer sehr gering seyn dürfte.

Hepp, Carl Ferdinand Theodor

Die Theorie von der Zurechnung und von den Milderungsgründen der Strafe
nach den neueren Legislationen und dem gemeinen Rechte mit besonderer Rück-
sicht auf den Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg
vom Jahr 1835

Heidelberg 1836

Crim. 128 oc

urn:nbn:de:bvb:12-bsb00040674-3